г. Суворову
Киев 20 мая 1900
VI MI.

ИСТОРІЯ

ОБОСОБЛЕНІЯ ТОРГОВАГО ПРАВА.

Проф. Вс. Л. Удинцева.

КІЕВЪ.
Типографія Императорскаго Университета св. Владиміра Н. Т. Корчакъ-Новицкаго, Мериновская ул.
1900.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Университета Св. Владиміра.

Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій за 1900 г.

С.С.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. Маркса и Ф. Энгельса
Ц. И. К.

3298/28

370493

Оглавленіе.

СТРАН.

ПРЕДИСЛОВІЕ . . . . . I — II

ПЕРВЫЙ ПЕРІОДЪ. **Купеческое право** . . . . . 1 — 52

§ 1. Развитіе городовъ (1). § 2. Положеніе купцовъ въ городѣ (7). § 3 Русское купечество (12). § 5. Содержаніе купеческаго права (18). § 5. Регламентація торговли (24). § 6. Городское частное право (32). § 7. Отдѣльныя обязательства (43).

ВТОРОЙ ПЕРІОДЪ. **Торговое право** . . . . . 53—104

§ 1. Торговое право во Франціи (53). § 2. Торговое право въ Германіи (67). § 3. Русское торговое право (82).

ТРЕТІЙ ПЕРІОДЪ. **Сближеніе торговаго права съ гражданскимъ** . 105—214

§ 1. Попытки сближенія (105). § 2. Предѣлъ сближенія (114). § 3. Институты профессіональной экономической дѣятельности (131). § 4. Свобода оборота (143). § 5. Свобода волеизъявленія (158). § 6. Свобода толкованія и судейское усмотрѣніе (165). § 7. Формализмъ (172). § 8. Строгость исполненія (189). § 9. Отдѣльныя обязательства (206).

ЗАКЛЮЧЕНІЕ . . . . . 214—216

Предисловіе.

Задача настоящей работы—прослѣдить исторію идеи самостоятельнаго торговаго права, оказавшей значительное вліяніе на ходъ развитія гражданскаго права. Этимъ однимъ обстоятельствомъ уже въ достаточной степени оправдывается поставленная задача. Но она имѣетъ и самостоятельный интересъ, объясняемый весьма важной ролью научныхъ идей и теорій въ юриспруденціи. Каждая научная идея или теорія, разъ она имѣетъ за собой жизненную подкладку, коренится въ прошедшемъ, оправдывается настоящимъ и даетъ основаніе для будущаго. Поэтому изученіе такой идеи даетъ картину постепеннаго раскрытія истины и предупреждаетъ мысль о внѣзапныхъ открытіяхъ въ юриспруденціи, устанавливая тѣмъ самымъ правильный взглядъ на преемственность научной работы.

Идея самостоятельнаго торговаго права имѣетъ свою продолжительную исторію. Она зародилась—сначала какъ идея купеческаго права—въ условіяхъ союзныхъ формъ средневѣкового общежитія, явившись однимъ изъ проявленій сепаратизма и замкнутости, присущихъ всѣмъ тогдашнимъ обществамъ. Льготы и привилегіи, обезпеченныя за купеческимъ сословіемъ, особенно же судебная автономія, способствовали переходу отъ сословнаго купеческаго права къ болѣе или менѣе объективному праву торговли, къ которому пріурочиваются нѣкоторыя матеріи гражданскаго права. Но въ то же время, въ интерѣсахъ взаимнаго гильдейскаго контроля, и еще больше подъ вліяніемъ естественнаго перехода отъ покровительства торговли со стороны общественной власти въ надзоръ за торговлей той же

власти,—идея торговаго права осложняется моментомъ профессіи, какъ мотивомъ государственнаго вмѣшательства въ торгово-промышленный оборотъ. Подъ вліяніемъ нѣкоторыхъ историческихъ обстоятельствъ идея спеціальнаго торговаго права достигла наивысшаго развитія въ кодификаціяхъ настоящаго столѣтія —французской (1807) и германской (1861), рѣзко обособившихъ торговое право отъ гражданскаго. Но въ послѣдней фазѣ своего развитія торговое право сближается съ гражданскимъ и, за передачей послѣднему общихъ всему обороту принциповъ и сдѣлокъ, остается съ немногими исключеніями и институтами для профессіональной экономической дѣятельности. Поддержка торгово-промышленнаго оборота и защита общественнаго интереса и интереса третьихъ лицъ — вотъ окончательный результатъ развитія идеи спеціальнаго торговаго права. Сказаннымъ намѣчаются три періода, на которые дѣлится въ настоящемъ изложеніи исторія торговаго права, завершающаяся въ новѣйшихъ законодательныхъ работахъ — швейцарской, отчасти германской, и наконецъ, русской.

Поставленными задачами—прослѣдить исторію обособленія торговаго права лишь въ крупнѣйшихъ ея фазахъ—объясняется характеръ и неполнота настоящей работы: не всѣ вопросы торговаго права и не во всѣхъ своихъ деталяхъ нужны для достиженія намѣченной цѣли.

ИСТОРИЧЕСКІЙ ОЧЕРКЪ ТОРГОВАГО ПРАВА.

ПЕРВЫЙ ПЕРІОДЪ.

Купеческое право.

§ 1. Развитіе городовъ.

Весьма важнымъ моментомъ для исторіи права является развитіе въ средніе вѣка городовъ, какъ политическихъ и хозяйственныхъ центровъ.

Возникли-ли города изъ того-же источника, что и село, выросли-ли они изъ рынка, или—что кажется болѣе вѣрнымъ—въ основаніи своемъ имѣютъ укрѣпленные пункты, преслѣдовавшіе военныя цѣли [1]),—несомнѣнно одно, что на первыхъ порахъ города мало чѣмъ отличаются отъ селъ.

Изъ домашняго хозяйства удовлетворялись несложныя потребности городской жизни. Какъ крестьяне имѣли въ деревняхъ своихъ сапожниковъ, булочниковъ, ткачей и т. д., такъ и городскіе ремесленники продолжали заниматься земледѣліемъ, участвуя въ пользо-

---

[1]) Pirenne. Villes, marchés et marchands au moyen âge, въ Revue historique. Vol. 67. mai—juin 1898. Cons. Précis d'histoire du commerce. T. I. Paris. 1896, стр. 190—191. Теорію развитія городовъ изъ рынковъ см. у новѣйшаго защитника ея—Huvelin. Essai historique sur le droit des marchés et des foires. Paris. 1897, стр. 212. особ. 218, 219, 221 и др.

ваніи общинной землей. Многочисленныя доказательства тому имѣются отъ XII и даже XIII вѣковъ [2]).

Простота и несложность хозяйственнаго быта не измѣнялись и отъ развитія внѣшней торговли, примыкавшей, конечно, къ городамъ.

Въ приморскихъ городахъ Западной Европы развивается торговля уже съ VII вѣка, когда Марсель завязываетъ сношенія съ Левантомъ и сѣверной Африкой и когда процвѣтаетъ Нарбонна, собиравшая на своемъ рынкѣ всѣ произведенія сѣвера.

Съ IX в. выдвигаются итальянскія республики, посредничающія между Европой и Востокомъ—Амальфи, Пиза, Венеція, Генуя, Флоренція. Византійская имперія и арабы—явились связующимъ звѣномъ между древнимъ міромъ и средними вѣками, передавъ весьма развитую торговлю южнымъ городамъ Франціи [3]).

Шведскіе купцы уже въ IX в. ѣздятъ съ товарами къ славянамъ и чрезъ Днѣпръ въ Константинополь, куда въ то же время свозились товары изъ Бари и особенно Венеціи [4]).

Договоры русскихъ съ греками, какъ нельзя лучше, свидѣтельствуютъ о прочныхъ торговыхъ сношеніяхъ двухъ народовъ и о роли древней Руси въ столь раннемъ и столь замѣчательномъ торговомъ движеніи между Босфоромъ и Балтійскимъ моремъ. Новгородцы съиздавна торгуютъ съ Даніей, Норвегіей и Швеціей [5]), а съ половины XII в. уже завязываются правильныя торговыя сношенія между новгородцами и нѣмцами (Готландъ, Висби, Любекъ) [6]). Отъ XIII в. сохранился любопытный документъ, перечисляющій „королевства и страны, изъ

---

[2]) Huvelin. Essai historique sur le droit des marchés et des foires (1897), стр 215, прим. 2. Заимствуемыя мной у Huvelin'a данныя, факты и документы получаютъ у него освѣщеніе иное, соотвѣтствующее воззрѣнію автора на городъ, какъ рынокъ, на городское право—какъ право торговое. Авторъ всецѣло примыкаетъ въ этомъ отношеніи къ Goldschmidt'y. Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig. 1898, стр. 612: „Bürger und Bauer scheidet nichts als die Mauer".

[3]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts. Stuttgart. 1891. стр 96 сл. Cons Précis d'histoire du commerce. V. I. (1896), стр. 76, 82. C. Port. Essai sur l'histoire du commerce maritime de Narbonne. Paris. 1854, стр. 8 сл.

[4]) Amira. Nordgermanisches Obligationenrecht. I. B. Leipzig. 1882, стр. 10. Cons. Précis d'histoire du commerce. T. I. (1896), стр. 97—98.

[5]) Никитскій. Исторія экономическаго быта Новгорода. Москва. 1893 г., стр. 25.

[6]) Sartorius. Urkundliche Geschichte des Ursprunges der Deutschen Hanse, стр. 108—112, о нѣмецкомъ дворѣ въ Новгородѣ, стр. 125. Никитскій. Исторія экономическаго быта В. Новгорода. (1893), стр. 32.

которыхъ приходятъ товары въ Bruges и землю Фландрскую". Изъ этого списка мы узнаемъ, что изъ Руси (dou royaume de Rossie) идутъ воскъ, мѣха, янтарь [7]), не миновавшіе, очевидно, и знаменитой Шампаньской ярмарки, чрезъ которую слѣдовали всѣ товары, ввозившіеся во Францію.

Но въ этомъ международномъ обмѣнѣ принимали участіе лишь немногіе избранные города. И что самое главное: столь развитая внѣшняя торговля оставалась постороннимъ фактомъ для внутренняго быта; она скользила по его хозяйственнымъ отношеніямъ, не входя въ него, какъ составная часть.

Этимъ не исключается косвенное вліяніе внѣшней торговли, оживляющей внутренній оборотъ внесеніемъ въ него капиталовъ.

А если такъ, то нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что германскія Правды и краткая Русская Правда, появившіяся уже тогда, когда внѣшняя торговля процвѣтала, не отразили на себѣ этого торговаго оборота. Независимость внутренняго оборота и права отъ внѣшней торговли обнаруживается и изъ несомнѣнной близости права городского оборота къ народнымъ Правдамъ.

Обращаясь въ двухъ словахъ къ древнѣйшимъ по времени редактированія или по характеру своему народнымъ Правдамъ, мы находимъ весьма простой бытъ, очевидно, остающійся внѣ всякаго вліянія развитой международной торговли.

Швеція, видѣли мы, рано вступила въ международный обмѣнъ, а между тѣмъ она живетъ натуральнымъ хозяйствомъ, охотой и рыболовствомъ. Рѣдкость населенія еще въ XIII в. допускаетъ въ широкихъ размѣрахъ оккупацію земель. Немногочисленные города—ни что иное, какъ крестьянскіе базары, на которыхъ не совершалось никакихъ сложныхъ сдѣлокъ, насколько можно судить о томъ по древнѣйшему шведскому Westgöta-Lagen [8]).

Убійства и обиды, какъ главная тема (Beauchet, стр. 142—170), наслѣдованіе (по завѣщанію съ XIII в.), семья (170—200) и недвижимость (212—232)—какъ немногіе предметы гражданскаго права, одна статья о займѣ, помѣщенная въ отдѣлѣ damnum injuria datum (208),—таковы несложные вопросы юридическаго быта Швеціи.

---

[7]) Bourquelot. Etudes sur les foires de Champagne. Paris. 1865 г. V. I, стр. 206.

[8]) Beauchet. Loi de Vestrogotie (Westgöta Lagen). Trad. et annotée et preced. d'un étude sur les sources du droit Suédois. Paris. 1894, стр. XIV—XV.

Древнѣйшая Русская Правда мало чѣмъ отличается отъ West-göta-Lagen. Лишь слабые намеки на поземельную собственность (ст. 22 и 23 Ак.), заемъ, какъ единственно предусмотрѣнный договоръ [9]), далеко не свидѣтельствуютъ о развитомъ внутреннемъ оборотѣ, очевидно, не вышедшемъ за предѣлы натуральнаго, домашняго хозяйства, не знающаго раздѣленія труда [10]). Даже въ XIII в. Новгородская область—въ періодъ разцвѣта иноземной торговли—остается всецѣло деревенской, земледѣльческой. Землевладѣніе привлекаетъ къ себѣ всѣхъ—и монастыри, и церкви, бояръ, и купцовъ [11]). Послѣдующая—московская—эпоха, кажется, не очень далеко ушла въ развитіи внутренняго обмѣна и продолжала поддерживаться земледѣліемъ, какъ внѣшняя торговля питалась скотоводствомъ [12]).

Если мы, обратившись снова къ германцамъ, послѣдуемъ за ними въ новыя мѣста ихъ жительства, на берега Роны и Сены, гдѣ вновь и подъ новыми вліяніями редактированы были германскіе народные обычаи, то и тамъ найдемъ мало развитой внутренній оборотъ [13]). Leges Wisigothorum (вѣроятно около 470—475 г.) [14]) представляютъ примѣръ только что зарождающихся обязательственныхъ отношеній, гдѣ сдѣлка commendare обнимаетъ собой и имущественный наемъ, и договоръ займа. Если-же Leges Wisigothorum не забыли (tit. XI. 3.4) упомянуть о transmarini negotiatores, то частное право отъ этого ничего не выиграло [15]).

Lex Salica [16]) занимается очень много случаями кражи и притомъ скота преимущественно: въ этомъ сказывается характеръ го-

---

[9]) См. Дювернуа. Источники права и судъ въ древней Руси. Москва. 1869, стр. 53—67. Котляревскій. Сочиненія, т. IV. СПБ. 1895. Древности юридическаго быта, стр. 173.

[10]) Никитскій. Исторія экономическаго быта Великаго Новгорода. (1893), стр. 11.

[11]) Никитскій. Исторія экономическаго быта В. Новгорода (1893), стр. 36 слл.

[12]) Ср. Н. Рожковъ. Сельское хозяйство Московской Руси въ XVI вѣкѣ. Москва. 1899, стр. 289. Сельско-хозяйственнымъ обмѣномъ, вѣроятно, поглощался всякій другой. Ср. стр. 271 слл., особенно описаніе сельско-хозяйственнаго обмѣна въ центрѣ Московской Руси XVI в,

[13]) Lattes. Il diritto commerciale nella legislatione statutaria delle citta Italiane, Milano. 1884, стр. 52, пр. 2.

[14]) Felix Dahn. Westgöthische Studien. Würzburg. 1873, стр. 3, 104.

[15]) Ср. Port. Essai sur l'histoire (1854), стр. 13.

[16]) Pardessus. Loi Salique ou recueil contenant les anciennes redactions de cette loi. Paris. 1843.

сподствующей промышленности и занятій. Обязательственные договоры только что начинаютъ развиваться—пока они предусматриваются въ титулахъ fides facta и res praestita. Салическій законъ знаетъ, правда, вполнѣ обособленныя куплю — продажу, мѣну и datio in solutionem (tit. XXXVII, XLVII, I). Но договоры ссуды и займа еще не отлились въ самостоятельную форму и скрываются подъ указанными fides facta и res praestita (LIV, LII) [17]).

Не выше съ этой стороны и Leges Burgundiorum (купля, дареніе, pignus, fideiussio) [18]) и др., которыя можно и не называть.

Внутренній оборотъ еще въ XI вѣкѣ мало развитъ. И причину тому находятъ въ коллективномъ правѣ земельной собственности, еще только что начавшемъ разлагаться, въ правахъ возраженія со стороны родственниковъ, не допускающихъ отчудительныхъ сдѣлокъ, въ феодализмѣ и необезпеченности правосудія. Движимость рѣдко фигурируетъ въ оборотѣ, а капиталы, въ достаточномъ количествѣ сосредоточенные, главнымъ образомъ, въ монастыряхъ, выпускаются изъ рукъ только въ крайности [19]). Слабостью оборота объясняется бѣдное содержаніе актовъ и сдѣлокъ, сохранившихся отъ первыхъ временъ средневѣковья [20]) и въ частности неразвитость кредита. Въ городѣ St.-Omer, не смотря на его широкія торговыя сношенія, регламентомъ запрещается отсрочивать платежи иностранцевъ болѣе, чѣмъ на 7 дней, и совершать заемъ подъ залогъ [21]). Однимъ изъ пунктовъ Skra—правилъ для нѣмецкаго двора въ Новгородѣ (XIII в.)—запрещается нѣмецкимъ купцамъ брать у русскихъ товаръ въ кредитъ подъ страхомъ десяти-процентнаго штрафа, и подъ угрозой взысканія пятидесяти марокъ—вкладывать свое имущество въ товарищеское предпріятіе съ русскими, или брать на коммисію русскіе товары [22]). Приведенные примѣры не безъинтересны и для выясненія вліянія иноземной торговли на развитіе внутренняго оборота.

---

[17]) Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France. V. VII. Paris 1896, стр. 603. Pardessus Loi Salique (1843), стр. 643

[18]) Monumenta Germaniae Historica. Ed. Pertz. Legum, T III, стр. 522—578.

[19]) Lamprecht Etudes sur l'état économique de la France (trad. par Marignan). Paris. 1889, стр. 243—296.

[20]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 125.

[21]) Giry. Histoire de la ville de Saint-Omer et de ses institutions jusqu'au XV siecle. Paris. 1877, стр. 296.

[22]) Sartorius. Urkundliche Geschichte d. Ursp. d. D. Hanse. B. I. стр. 132 слл.

Таковъ внутренній оборотъ при развитой внѣшней торговлѣ. Городъ не далеко ушелъ отъ села; однако городъ отличается бо́льшимъ раздѣленіемъ труда, усложненіемъ ремеселъ и вообще развитіемъ промысловъ.

Но что важнѣе, города стали рынками, куда изъ селъ свозились различные продукты, въ которыхъ горожане нуждались все болѣе и болѣе, по мѣрѣ раздѣленія занятій. Этотъ постоянно поддерживаемый обмѣнъ становится все болѣе частымъ и значительнымъ, создаетъ посредниковъ [23]), и превращаетъ городъ въ промышленный центръ все болѣе расширяющагося района помѣстныхъ и сельскихъ хозяйствъ. Къ этому-же центру пріурочивается развозная и разносная торговля, обслуживавшая село и помѣстье. Купцы-номады становятся осѣдлыми городскими жителями. Имъ отводятся для поселенія окраины города, фобурги и посады. Одинъ документъ 1195 г. описываетъ такое поселеніе купцовъ за Гамбургомъ—въ восточномъ незаселенномъ концѣ города [24]). Въ одномъ уже позднемъ русскомъ актѣ мы читаемъ: „въ Муромѣ на посадѣ, за городомъ, Государя Царя и Великаго Князя дворъ“ [25]).

Здѣсь можно и не останавливаться на подробномъ выясненіи причинъ осѣданія купцовъ въ городѣ, тѣмъ болѣе, что экономическая причина ясна изъ предыдущаго. Можно отмѣтить еще опасности средневѣкового путешествія и зарождавшуюся въ городахъ свободу личную, какъ мотивы поселенія въ городахъ. По одному закону Вильгельма Завоевателя [26]) устройство рынковъ запрещается гдѣ-бы то ни было, кромѣ, какъ въ городахъ, крѣпостяхъ, мѣстахъ, стѣнами обнесенныхъ, въ укрѣпленіяхъ и въ пунктахъ безопаснѣйшихъ, гдѣ обычаи страны и право общее не подвергаются риску нарушенія; крѣпости, города и общины основаны для охраненія народа, для защиты государства и потому должны быть обезпечены свободой и неприкосновенностью.

Пока города состояли въ собственности феодальныхъ владѣльцевъ, поселеніе купцовъ было желательно и для сеньеровъ—въ интересахъ облегченія полицейской службы и обезпеченія легкаго соби-

---

[23]) Ср. Pigeonneau. Histoire du commerce de la France. Paris. 1885. V. I, стр. 227—231.

[24]) Huvelin. Essai historique (1897), стр. 422, пр. 1.

[25]) Акты Историческіе. 1574. № 229 въ началѣ.

[26]) Цит. по Huvelin'y. Essai historique (1897), стр. 212.

ранія пошлинъ [27]). Къ этому можно прибавить, что купцы очень охотно брали на себя обязанности, лежавшія прежде на земской аристократіи—по поправкѣ дорогъ, постройкѣ складочныхъ магазиновъ по берегамъ судоходныхъ рѣкъ. Они берутъ на себя и службу по рѣчной полиціи, заявляя за то претензію на монопольное пользованіе рѣками и даже на нѣкоторые налоги [28]).

Купцы стали гражданами. Многочисленные документы сопоставляютъ negotiatores и burgenses, mercatores и cives [29]), составляющихъ вмѣстѣ съ другими горожанами буржуазію, въ отличіе отъ рыцарства и духовенства.

Къ XI—XII вв. городское общество можно считать уже вполнѣ сложившимся, городской укладъ вполнѣ установившимся. Лучшимъ доказательствомъ тому служитъ вполнѣ развившаяся къ XII—XIII вв. буржуазная литература, занявшая самостоятельное мѣсто рядомъ съ литературой рыцарской.

Отдѣльные элементы, изъ которыхъ составилось городское населеніе, сплотились, такъ что уже въ X в., особенно въ половинѣ XI вѣка города могли вступить въ борьбу съ главнѣйшими врагами городской свободы—сеньерами. Это коммунальное движеніе, окончившееся побѣдой городовъ, поставило ихъ въ исключительное политическое положеніе и подготовило почву для блестящаго экономическаго развитія городовъ.

---

§ 2. Положеніе купцовъ въ городѣ.

Въ борьбѣ городовъ за независимость и экономическое господство принимали участіе различные классы населенія, одинаково заинтересованные въ достиженіи личной свободы и автономнаго управленія. Но эта именно борьба должна была обнаружить крупную разницу между отдѣльными группами населенія по большей или меньшей экономической силѣ и сплоченности ихъ. Среди многочисленныхъ товариществъ, союзовъ, обществъ, характеризующихъ средневѣковую

---

[27]) Bourquelot. Etudes sur les foires de Champagne (1865). V. II, стр. 175 сл.—перечень доходовъ, какіе приносила торговля на Шампаньской ярмаркѣ графамъ-владѣльцамъ. Ср. стр 182—о продажѣ этихъ доходовъ.

[28]) Pigeonneau. Histoire du commerce (1885). V. I, стр. 116—117.

[29]) См. у Huvelin'a. Essai historique (1897), стр. 218—219, пр. 5.

жизнь и игравшихъ роль союзовъ взаимопомощи, купеческія корпораціи должны были занять въ городахъ одно изъ первыхъ и даже первое мѣсто. Денежные капиталы, сосредоточенные въ рукахъ купцовъ [1]), опредѣлили ихъ силу и роль въ общественно-городской жизни.

Мудрено было-бы указать на моментъ первоначальнаго объединенія купцовъ, на зарожденіе гильдій, но можно предполагать, что нужда въ союзной организаціи почувствовалась купцами еще до окончательнаго поселенія ихъ въ городахъ. Торговыя путешествія между городами и даже государствами представлялись слишкомъ рискованными, чтобы купеческіе караваны [2]) не соединялись съ союзными организаціями высшаго типа. Купцы могли явиться въ городъ уже съ готовыми союзными формами и, конечно, должны были оказать тѣмъ большее вліяніе на городскую жизнь.

Нѣкоторые утверждаютъ даже, что гильдія превратилась, перешла въ городскую общину, такъ какъ она именно получила привилегіи, мѣсто ея собраній стало мѣстомъ отправленія городского правосудія. Гильдія стала forum causarum et mercatorum ghilleola [3]). Историкъ фландрскаго города Saint-Omer утверждаетъ даже, что первая грамота привилегій, данная 14 апрѣля 1127 года S.-Omer'у графомъ Guillaume-Cliton была въ сущности привилегіей не городу, а купцамъ, такъ какъ изъ 21 параграфа цѣлыхъ 8 имѣютъ интересы торговли [4]).

Правда, самимъ авторомъ указанное цифровое отношеніе не оправдываетъ его слишкомъ категорическаго утвержденія, которое становится еще болѣе сомнительнымъ при ближайшемъ изученіи отдѣльныхъ параграфовъ грамоты 1127 г. [5]). Но что гильдіи стали важнѣйшимъ элементомъ въ городской организаціи, въ этомъ никакихъ сомнѣній не возникаетъ. И какъ грамота 1127 г., такъ и, напр., грамота 15 августа 1204 года, данная Монпелье, указываютъ, по справедливому замѣчанію Germain'a, что юриспруденція, выработавшая правила этой грамоты, живетъ въ атмосферѣ торговли и промышлен-

---

[1]) Cp. Letourneau. Evolution du commerce dans les diverses races humaines. Paris. 1897, стр. 486—487.

[2]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 116 - 117.

[3]) Giry. Histoire de la ville de S.-Omer (1877), стр. 275.

[4]) Giry. Histoire de la ville de S.-Omer (1877), стр. 153.

[5]) Giry. Histoire de la ville de S.-Omer (1877), стр. 371—375, n° III.

ности, которыя не отдѣляются одна отъ другой въ Montpellier [6]), и которыя составляютъ теперь основу всей городской жизни.

При помощи привилегій, полученныхъ отъ королей, купеческія гильдіи превратились въ самостоятельныя общественныя единицы. Съ XIII вѣка купцы имѣютъ своихъ собственныхъ grands seigneurs, коммунальныхъ магистратовъ, вступаютъ въ ряды земельныхъ собственниковъ, въ число совѣтниковъ короля и сувереновъ. По ордонансу 1190 г. городскія дѣла требуютъ совѣта благоразумныхъ и почетныхъ изъ гражданъ, т. е. въ большинствѣ купцовъ; избранные несли на себѣ почетную и отвѣтственную обязанность охраненія королевской кассы (art. 14 и 15) [7]).

Изъ многихъ итальянскихъ источниковъ мы узнаемъ, что купцы принимаютъ самое дѣятельное участіе въ общественной жизни, не оставаясь въ сторонѣ даже въ рѣшеніи такихъ вопросовъ, какъ вопросы репрессаліи, войны и мира и т. д. [8]). Въ нѣкоторыхъ городахъ, какъ напр. въ Амьенѣ, промышленнымъ корпораціямъ принадлежала опредѣленная часть избирательныхъ голосовъ [9]).

Купеческое вліяніе на городской судъ должно быть очевидно изъ широкаго участія купцовъ въ судебной коллегіи. Такъ напр., въ Beauvais изъ 13 судей семь назначались одной изъ 22 городскихъ корпорацій (именно мѣнялами); остальные 21 корпорація дѣлили между собой назначеніе шести остальныхъ судей [10]).

Цѣли взаимопомощи и защиты противъ опасностей средневѣковой жизни съ организаціей городовъ утратили въ значительной степени цѣну. И задачи купеческихъ гильдій пошли дальше. Вмѣсто борьбы съ феодалами выступила на сцену экономическая конкурренція. Вмѣсто средствъ защиты противъ неурядицъ средневѣковой жизни, нужно было гарантировать себѣ возможно полную свободу дѣйствій въ борьбѣ за экономическое первенство. Купеческія гильдіи сомкнулись тѣснѣйшимъ образомъ, превратились въ вполнѣ замкнутые союзы [11]). Наилучшимъ орудіемъ для этой борьбы былъ купеческій судъ, разбирающій купеческія дѣла на основаніи купеческихъ обычаевъ.

---

[6]) Germain. Histoire du commerce de Montpellier. M. 1861, t. II, стр 105—106.
[7]) Pigeonneau. Histoire du commerce (1885). I, стр. 235—236.
[8]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 23 и прим. 1 на стр. 26—27.
[9]) Bourquelot. Etudes sur les foires (1865). II, 207.
[10]) См. у Huvelin'a Essai historique (1897), стр. 237 и сл.
[11]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 36 и особ. прим. 1.

Чтобы понять значеніе судебной автономіи купеческихъ гильдій, своевременно будетъ сказать, что городской оборотъ, городское хозяйство, преимущественно денежное, должны были, наконецъ, предъявить новыя требованія къ праву, на которыя не въ состояніи были отвѣтить древнія народныя Правды, расчитанныя на сельскую жизнь временъ варварской Европы. Неудивительно поэтому, что народныя Правды и капитуляріи въ XI в. были преданы забвенію. Главнымъ орудіемъ новаго праворазвитія, направленнаго на удовлетвореніе новыхъ потребностей, явился обычай [12]), одинаково въ отношеніяхъ городскихъ, земскихъ, какъ и феодальныхъ.

Городской обычай, переработавшій въ себѣ разнообразный матеріалъ, стали называть usus, constitutum usus, въ противоположность lex, constitutum legis, подъ которымъ разумѣли римское и лонгобардское право, преимущественно семейственное и наслѣдственное [13]). Соотвѣтственно этому противополагали судъ и судей. По Statuta di Pistoja, относящемуся къ XII вѣку, для разбора дѣлъ назначаютъ двухъ судей: unum de lege, alterum de usu [14]).

Новое городское право вылилось въ форму статутовъ [15]), составлявшихся и редактировавшихся городскими магистратами или особыми выборными [16]). Разъ составленный и опубликованный статутъ вступалъ въ силу, дѣлаясь обязательнымъ для всѣхъ и каждаго [17]): in omnes cives urbis et in omnes ingredientes eam, какъ говорится въ грамотѣ Страсбургу [18]).

---

[12]) Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (1898), стр. 636 — 637. Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 92, 124 — 125. Во Франціи coutume. См. Goldschmidt. U. G., 221.

[13]) Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 151, пр. 29. Sclopis. Histoire de la législation italienne. Перев. съ итал. Paris. 1861. T. II, стр. 147. Pertile. Storia del diritto Italiano. Vol. II. Part. 2 (1898), стр. 140.

[14]) Statuta von Pistoja, ed. Berlan. 1882, cap. 130, стр. 29.

[15]) Statuto, constituto, breve—это нормы, исходящія отъ законодательной власти (podesta) и касающіяся публичныхъ отношеній. Consuetudo — это нормы гражданскаго, уголовнаго и процессуальнаго права. По общему правилу statuto и consuetudo составляютъ одно цѣлое и разграничиваются лишь въ Миланѣ, Пизѣ и Александріи. Pertile. Storia del diritto Italiano. V. II, p 2, p. 119—121. Sclopis. Histoire de la lègislation. T. I (1861), стр 147, 116. Baldus (ad. leg. 7 Dig. de iust. et iure): omnes populi possunt facere sibi statuta, et ubi cessat statutum, habet locum ius civile. Populi ergo aut vivunt communibus legibus, aut propriis statutis vel propriis consuetudinibus.

[16]) Pertile. Storia del diritto Italiano. Vol. II. Part II (1898), стр. 126.

[17]) Pertile. Storia del diritto Italiano. Vol. II. Part. II (1898), стр. 132.

[18]) Huvelin Essai historique (1897), стр. 232.

Торговля и купцы явились, конечно, дѣятельными факторами въ выработкѣ новаго права путемъ обычая. Но присущая купеческимъ корпораціямъ особенная наклонность къ сепаратизму повела къ тому, что купеческія гильдіи сдѣлали попытку создать себѣ особые купеческіе обычаи—consuetudines mercatorum.

Съ такой попыткой къ обособленію jus mercatorum мы встрѣчаемся въ одномъ довольно старомъ памятникѣ—liber consuetudinum Mediolani anni 1216. Въ титулѣ XXXI [19]) мы читаемъ: „выше говорилось объ обычаяхъ гражданскихъ и уголовныхъ и объ обычаяхъ феодальныхъ, которые соблюдаются въ этой общинѣ (civitate). Но такъ какъ купцы (negotiatores) и ихъ консулы имѣютъ свои собственные (спеціальные) обычаи, которые соблюдаются у насъ съ давнихъ поръ и до нынѣ, то необходимо и ихъ внести въ эту книгу“.

По Constituto comunis Senarum 1262 избираются два или три правоспособныхъ мужа, изъ которыхъ одинъ—нотаріусъ, а другіе двое—добропорядочные купцы, которые подъ присягой наблюдаютъ, чтобы разрѣшались споры между купцами“ [20]). Упоминаніе объ особыхъ consules negotiatorum находимъ и во многихъ другихъ статутахъ, но наиболѣе рѣшительную попытку обособить купеческій судъ и его компетенцію мы встрѣчаемъ въ Statuta communis Parmae 1255 [21]) и въ Liber statutorum consulum Cumanorum iusticie et negotiatorum 1281 [22]). По Statuta communis Parmae торговые судьи—rectores mercadantiae призваны разбирать споры между negotiatores (мѣнялами, банкирами, суконщиками и др.). въ Breve consulum mercatorum 1305 c. 6 обѣщается судъ по законамъ и признаннымъ обычаямъ, а за недостаткомъ ихъ—по добрымъ обычаямъ городскимъ и торговымъ; въ c. 81 гарантируется соблюденіе всѣхъ обычаевъ и обыкновеній (bonas consuetudines et bonas usus), выработанныхъ судебной торговой практикой (in curia mercatorum) [23]).

Соотвѣтственно этому и сборники обычнаго права, Statuta, пріурочивались или къ цѣлой общинѣ, каковы напр., были Statuta

---

[19]) Monumenta Historiae Patriae. Leges municipales. V. II. Pars 1, стр. 953.

[20]) Zdekauer. Il constituto del comune di Siena dell anno 1262. Milano. 1897, стр. 173.

[21]) Цит. по изд. Parmae 1856.

[22]) Цит. по изд. въ Leges Municipales (Mouumenta Historia Patriae, т. XVI) т. II, ч. 1.

[23]) Pertile. Storia del diritto Italiano. V. IV (1893), стр. 682, пр. 2.

communis Bononiae (1245) или breve Pisani communis (1313), liber consuetudinum Mediolani (1216), Statuta Niciae (XII в.), Statuta consulatus Genova (1143), Consuetudini antichi Genova (1056)—дальше послѣдняго года статуты не восходятъ; или-же эти статуты относятся къ купеческимъ гильдіямъ (statuta mercatorum)—какъ напр., Privilegia curiae maris въ Пизѣ (1214—1216), или Capitulare magistr. cons. mercatorum (1240)—опять таки древнѣйшіе изъ многихъ дошедшихъ до насъ купеческихъ статутовъ [24]).

§ 3. Русское купечество.

Только что описанныя явленія—продуктъ средневѣковой западно-европейской жизни. Мы увидимъ, къ какимъ важнымъ послѣдствіямъ приведутъ отмѣченныя уже попытки сепаратизма купеческаго сословія. И тѣмъ интереснѣе—теперь-же остановиться въ двухъ словахъ на вопросѣ: почему въ русской исторіи не встрѣчаемся мы съ претензіями купеческаго сословія, аналогичными описаннымъ? Что русскія историческія условія не создали у насъ сословности въ западно-европейскомъ смыслѣ,—это не подлежитъ сомнѣнію. Многочисленныя и многообразныя союзныя формы общежитія, пережитыя З. Европой въ средніе вѣка, были чужды нашему древнему укладу и не имѣли почвы для возникновенія. Замкнутаго купеческаго сословія не могло быть и по той причинѣ, что торговлей могъ заниматься каждый желающій. Князья, бояре, духовенство и крестьяне торговали наравнѣ съ купцами [1]). Населеніе городовъ было не выдержано [2]).

Высказанный взглядъ, однако, не общепринятъ. Признавая свободу торговли, проф. Никитскій [3]) думаетъ, что въ Новгородѣ существовалъ и особый купеческій классъ, получившій прочную организацію. Подобно тому, говоритъ авторъ: какъ центромъ княжской дѣя-

---

[24]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 166 — 167. Подробный перечень тамъ и у Lattes. Il diritto commerciale (1884), дополненіе id. Studii di diritto statutario 1887.

[1]) Никитскій. Исторія экономическаго быта Вел. Новгорода (1893), стр. 94. Костомаровъ. Очеркъ торговли Московскаго государства въ XVI и XVII столѣтіяхъ. Изд. 2. СПБ. 1889, стр. 153.

[2]) Сергѣевичъ. Русскія юридическія древности. Т. I (1890), стр. 292. 276—277.

[3]) Никитскій. Исторія экон. быта В. Новгорода (1893), стр. 16 и 94.

тельности стало городище, а дѣятельности посадника — владычный дворъ, такъ точно центромъ торговой жизни сдѣлалась торговая сторона, а именно церковь св. Ивана на Петрятинѣ дворищѣ [4]). Щедрая обстановка храма, по мнѣнію проф. Никитскаго, указываетъ на то, что съ существованіемъ храма было связано существованіе особой торговой общины купцовъ, торговавшихъ воскомъ.

Однако-же Уставъ князя Всеволода нисколько не подкрѣпляетъ изложенной теоріи и скорѣе склоняетъ къ мнѣнію, что ивановская организація была учрежденіемъ административно-финансовымъ, вѣдавшимъ дѣла, связанныя со сборомъ вѣсовой пошлины съ воска [5]). Цѣлями товарищества долженъ былъ ограничиваться и „судъ торговый". „И язъ князь великій Всеволодъ поставилъ есми святому Ивану три старосты отъ житьихъ людей, и отъ черныхъ тысяцкого, а отъ купцовъ два старосты, управливати имъ всякіе дѣла Иванская, и торговая, и гостиная, и судъ торговый".

По общему порядку купцы въ древней Руси не знали особой подсудности, не выдѣляясь въ этомъ отношеніи ни въ краткой Русской Правдѣ, ни въ Новгородской Судной Грамотѣ [6]).

Правда, по договорнымъ грамотамъ, купцы должны быть судими въ городѣ: „а холопа и половника не судити твоимъ судьямъ безъ господаря, судити князю въ Новгородѣ, такъ пошло; и купцины въ силу не судити въ волости" [7]). Но уже изъ сопоставленія купцины съ холопомъ и половникомъ ясно, что мотивы ограниченія подсудности не стоятъ въ связи съ какими-либо сословными интересами.

Слабость купеческаго сословія на Руси, не проявившаго никакой самодѣятельности, еще болѣе очевидна изъ того факта, что купцы, подобно многимъ другимъ слабымъ, стремятся найти защиту и покровительство у сильныхъ и богатыхъ. Наравнѣ съ маломощными

---

[4]) См. Уставную грамоту Новгородскаго князя Всеволода Мстиславича церкви св. Іоанна Предтечи на Опокахъ ок. 1135 М. Ф. Вл.-Будановъ. Христоматія по исторіи русскаго права. Вып. I (изд. 4). 1889, стр. 233.

[5]) Сергѣевичъ, Русскія юридическія древности. Т. I. СПБ. 1890, стр. 280—281. Костомаровъ. Очеркъ торговли Московскаго государства въ XVI и XVII столѣтіяхъ. Изд 2. СПБ. 1889, стр. 158 слл.

[6]) 1 ст. Ак. Ст. ст. 17, 18, 36 Грамоты—по изд. проф. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Не противорѣчитъ этому и ст. 3 мирной грамоты 1195 г. по изд. проф. М. Ф. Владимірскаго-Буданова.

[7]) Дог. тр. Новгорода съ Михаиломъ Михаиловичемъ, княземъ тверскимъ 1308 г. въ Собр. Гос. Грамотъ, т. I (1813), № 10, стр. 14. См. еще т. I, № 20, стр. 27 - 28.

людьми купцы прибѣгаютъ къ покровительству, къ патронату, къ закладничеству [8]). Въ договорной грамотѣ Новгорода съ тверскимъ княземъ Ярославомъ Ярославичемъ 1265 г. князь обязуется закладниковъ не принимать—ни смерда, ни купцины [9]). По утвержденію г. Павлова-Сильванскаго (стр. 23) терминомъ закладникъ пользовались почти исключительно для обозначенія заложившихся путемъ выхода изъ посада на частно-владѣльческія земли тяглыхъ посадскихъ людей, торговцовъ, ремесленниковъ, которые и на боярской или монастырской землѣ продолжали свою торговую и промышленную дѣятельность.

Прикрѣпленіе купцовъ завершилось, какъ извѣстно, Уложеніемъ 1649 г. (глава XIX), хотя отголоски выхода купецкихъ людей съ цѣлью отбыть податей и уклониться отъ службы—слышны еще въ царствованіе Петра I [10]).

Можно-ли ожидать при такомъ положеніи вещей какой бы то ни было самостоятельности и самодѣятельности русскихъ купцовъ. Неудивительно, что ни отдѣльныя монополіи [11]), ни отдѣльныя привилегіи, какъ напр., свобода отъ позывовъ, исковъ и отвѣтовъ, данная въ 1662 г. Макарьевской ярмаркѣ, получавшей свой судъ въ дѣлахъ между торговцами и по долговымъ спорамъ [12]),—ни та, наконецъ, общинная связь, которая связывала искони и посадскихъ жителей [13]),—ничто не создало на Руси купеческой обособленности и не вызвало стремленія къ сепаратизму.

Купцы не перестаютъ искать защиты у правительства, которое постоянно выслушиваетъ жалобы, что „въ городахъ всякіе люди обнищали“. Именной указъ октября 25-го 1653 г. (т. н. торговый уставъ) [14]) и Новоторговый уставъ апрѣля 22-го 1667 г. [15]) являются отвѣтомъ на просьбу купечества—предохранить его отъ иностранной конкурренціи.

---

[8]) Новое обоснованіе теоріи С. М. Соловьева о закладникахъ (Исторія Россіи. Кн. I. Изданіе „Общ. Пользы“, стр. 1215 и др.). См. Н. Павловъ-Сильванскій. Закладничество-патронатъ. СПБ. 1897, особ. стр. 9.

[9]) Собр. Гос. Гр. Ч. I (М. 1813), стр. 1, № 1, тамъ же № 3, стр. 4 и мн. др.

[10]) П. П. С. З, т. III, № 1650. 1698 г. октября 13 (Петръ I).

[11]) Костомаровъ. Очеркъ торговли Московскаго Государства въ XVI и XVII столѣтіяхъ. Изд. 2. СПБ. 1889, стр. 115.

[12]) Костомаровъ. Очеркъ торговли (1889), стр. 161.

[13]) Костомаровъ. Очеркъ торговли (1889), стр. 165, 169, 173.

[14]) Собраніе узаконеній русскаго государства, изд. Карновича (СПБ. 1875), стр. 298, № 107.

[15]) Собраніе узаконеній, изд. Карновича, стр. 665, № 408.

Въ XVIII в. правительство ясно сознало громадную разницу между купечествомъ русскимъ и западноевропейскимъ и рѣшило въ интересахъ поднятія торговли „раскрѣпостить“ купечество, дать ему ту автономную самостоятельность, которой не выработала русская жизнь и которая казалась единственной причиной разцвѣта европейской торговли.

Первую попытку [16]) организаціи купеческаго сословія мы находимъ въ Регламентѣ (уставѣ) государственной Коммерцъ-Коллегіи 1719 г. [17]), устройство каковой предназначается „къ произведенію купечества водою и сухимъ путемъ“. „Дѣло и смотрѣніе“ (ст. 2) Коллегіи простирается на облегченіе въ пошлинахъ, на „пристойное содержаніе баковъ или маяковъ“ (ст. 7) и вообще на все то, „что къ способному учрежденію, произведенію и споспѣшеству и порядку купечества служити можетъ“ (ст. 15). Поэтому „надлежитъ оной имѣть попеченіе, дабы добрые и полезные торговые уставы вновь учинены, такожде и оные, которые уже прежде сдѣланы, крѣпко содержаны или поправлены“.. были (ст. 16). Коллегія должна далѣе—разсмотрѣть „городамъ данныя привилегіи“ (ст. 17), позаботиться о прекращеніи и разрѣшеніи споровъ между городами о торговыхъ и ярмарочныхъ правахъ (ст. 18). „Надлежитъ оной уставлять купеческія гильдіи, или степени тамъ, гдѣ оныя съ пользою устроитися могутъ“ (ст. 19). „Еще жъ сверхъ того надлежатъ до Коммерцъ-Коллегіи вексельныхъ дѣлъ рѣшенія по вексельному праву“ (ст. 21). Этотъ послѣдній пунктъ тѣмъ интереснѣе, что никакого вексельнаго права русское законодательство тогда еще не знало [18]). Далѣе та же Коллегія имѣетъ судить и расправлять всѣ споры и преступленія, которыя по торговымъ уставамъ, таможенному учрежденію ... наказаны и опредѣлены быть имѣютъ“. „Всѣ-же особливые процессы, или тяжбы купеческихъ Россійскаго народа людей, которые до купечества не касаются, принадлежатъ до обыкновенныхъ и опредѣленныхъ судовъ“ (ст. 24).

Въ другомъ мѣстѣ мы узнаемъ, какъ выполнено было обѣщаніе торговыхъ уставовъ, а пока для насъ интересны лишь попытки организаціи купеческихъ гильдій и суда.

---

[16]) Дозволеніе судиться посадскимъ и торговымъ людямъ въ земскихъ избахъ, данное въ 1699 г. (П. П. С. З., т. III, № 1675, генваря 30) преслѣдуетъ единственную цѣль — избавить торговыхъ людей отъ обидъ и налоговъ воеводскихъ и приказныхъ людей.

[17]) П. П. С. З., т. V, № 3318, 1719 г. марта 3 (Петръ I).

[18]) Ср. Проф. Шершеневичъ. Система торговыхъ дѣйствій. Казань. 1888 г., 190.

Безуспѣшность начинаній вызвала правительство на новые опыты, и уже въ 1720 году издается именной указъ, данный Сенату [19]), повелѣвающій объявить бригадира г. Трубецкого надъ здѣшними и прочими магистраты оберъ-президентомъ, и чтобъ онъ вѣдалъ всѣхъ купецкихъ людей судомъ, и о ихъ дѣлахъ доносилъ въ Сенатъ и разсыпанную сію храмину паки собралъ".

А въ слѣдующемъ 1721 г. сочиняется Регламентъ или уставъ Главнаго Магистрата [20]), который, вообще говоря, имѣетъ цѣлью размножить купечество и мануфактуры и въ этихъ видахъ занимается ярмарками (гл. XVII), биржами (гл. XVIII), маклерами (XIX), а самое главное—дѣлитъ городское сословіе на гильдіи и цунфты (гл. VII), предписываетъ купцамъ сочинять статуты (гл. VIII) и вводитъ купеческій судъ.

Въ гл. IX (о судахъ гражданскихъ) говорится, что хотя (гражданскія) судныя дѣла во всѣхъ губерніяхъ и провинціяхъ въ смотрѣніи и въ вѣдѣніи подлежатъ въ Юстицъ-Коллегіи; однако-жъ, понеже купецкіе и ремесленные тяглые люди во всѣхъ городахъ обрѣтаются не токмо въ какомъ призрѣніи, но паче ото всякихъ обидъ... едва не всѣ разорены... „того ради милосердія Его Царское Величество... указалъ: всѣхъ купеческихъ и ремесленныхъ людей во всѣхъ дѣлахъ судомъ и расправою и татинными и разбойными и убивственными дѣлами вѣдать (кромѣ великихъ государственныхъ дѣлъ) въ Главномъ Магистратѣ, кто-бъ на оныхъ ни билъ челомъ".

И любопытно для характеристики этого спеціальнаго суда, что въ особой инструкціи магистратамъ 1724 г. [21]) предписывается „во управленіи всякихъ гражданскихъ и челобитчиковыхъ дѣлъ по Его Императорскаго Величества указамъ и Уложенію имѣть всеусердное радѣніе..." (ст. 7)—это потому, что обѣщанные уставы торговые все еще не были сочинены.

Неудачи [22]) въ организаціи купеческаго сословія нисколько не ослабляли энергіи законодателя, который возвращается снова къ своей темѣ въ Грамотѣ на права и выгоды городамъ Россійской Имперіи

---

[19]) П. П. С. З., т. VI, № 3520. 1720, февраля 13 (Петръ I).

[20]) П. П. С. З., т. VI, № 3708. 1721 г. генваря 16 (Петръ I).

[21]) П. П. С. З., т. VII, № 4624. 1724 г. (Петръ I).

[22]) Главный Магистратъ уничтоженъ въ 1727 г. II, П. С. З., т. VII, № 5142. 1727 г. августа 18 (Петръ II).

1785 г. [23]), заслуживающимъ привилегіи въ виду того, что они „устройствомъ подаютъ подданнымъ способы къ пріобрѣтенію имущества посредствомъ торговли, промысловъ“, и т. д. (ст. 81). Въ городахъ вводятся городскія обывательскія книги (§ 56), учреждаются купеческія гильдіи (§ 64) и вводится гильдейскій судъ (§ 85). И интересно, что рядомъ съ этой сословной организаціей, замкнутой по существу, дается дозволеніе „всякому, какого бы кто ни былъ пола, или лѣтъ, или рода, или поколѣнія, или семьи, или состоянія, или торга, или промысла, или рукодѣлія, или ремесла, кто за собою объявитъ капиталъ выше 1000 рублей до 50.000 рублей, записаться въ гильдію“.

Законодатель усваиваетъ два прямо противоположныхъ принципа—замкнутость гильдій и свободу вступленій ихъ—и тѣмъ самымъ осуждаетъ свое учрежденіе, не имѣющее никакихъ историческихъ корней.

Правительство хотѣло пересадить на русскую почву учрежденія, чуждыя всему общественному укладу и—что тоже интересно—уже отжившія свой вѣкъ и въ Западной Европѣ.

340493

Эта попытка—повернуть исторію и заставляетъ насъ, игнорируя хронологическія данныя, сопоставлять съ явленіями западноевропейскаго средневѣкового быта—событія русскія, довольно позднія. Это факты разныхъ эпохъ, но одного порядка по своему историческому значенію.

Въ отсутствіи купеческой самодѣятельности на Руси можно усматривать одну изъ причинъ, благодаря которой наша исторія не выработала идеи купеческаго права. Но это не единственная причина. Попытки правительства создать особый купеческій судъ, вызвать купечество на выработку особыхъ статутовъ, не имѣли подъ собой никакой почвы въ виду единства праворазвитія, въ виду отсутствія какой бы то ни было борьбы города съ селомъ и помѣстьемъ, городского права съ земскимъ и феодальнымъ. Все это противоположенія, намъ вполнѣ чуждыя. И у насъ города были торговыми пунктами съ болѣе или менѣе живымъ оборотомъ, но слишкомъ поздно превратились они изъ крѣпостей въ рынки. Города существовали съ издавна, но ихъ было мало, они были плохо населены, и торговля городская была скудна [24]). А по сколько и когда города выдвинулись, какъ экономическіе цен-

---

[23]) П. П. С. З., т. XXII. № 16187. 1785 г. апрѣля 21 (Екатерина II).

[24]) Милюковъ. Очерки по исторіи русской культуры СПБ. 1896, стр. 65 и слл.

Библіотека Императорскаго Казанскаго Университета

тры, они отнюдь не обособились столь рѣзко, какъ на Западѣ, отъ селъ и помѣстій, такъ какъ не было къ тому причинъ. Автономія, которой добивались западные города, всегда принадлежала, по крайней мѣрѣ, такимъ городамъ, какъ Кіевъ, Новгородъ и др. Для развитія городскихъ льготъ и привилегій не было благопріятной почвы, какъ не было борьбы горожанъ съ аристократіей.

Вотъ почему дальнѣйшее праворазвитіе, отправившееся отъ краткой Русской Правды, отнюдь не было исключительно городскимъ и не могло привести къ раздѣленію права на городское и сельское.

Если не развитіе, то запись и редактированіе обычаевъ и у насъ пріурочивалось къ городскимъ центрамъ, но это обстоятельство не измѣняло существа дѣла. Псковская Судная Грамота, являясь кодексомъ въ высокой степени развитого права, пріурочивается къ крупному торговому пункту; но она является продолженіемъ пространной Правды и вмѣстѣ съ ней [25]) рисуетъ намъ картину развитого оборота, для котораго usus—пошлина или обычай—единственное орудіе праворазвитія, безъ какого-либо сопоставленія или противоположенія закону—lex.

§ 4. Содержаніе купеческаго права.

Содержаніе средневѣковыхъ статутовъ, а вмѣстѣ и купеческаго права (jus mercatorum), касается всѣхъ сторонъ городской жизни—организаціи автономнаго управленія, суда, полиціи, преступленій и частноправовыхъ отношеній [1]).

---

[25]) И съ другими областными сборниками обычнаго права. Ср. Дмитріевъ Сочиненія. Т. I. Исторія судебныхъ инстанцій. Москва. 1899, стр. 8.

[1]) Pertile. Storia del diritto italiano. V. II, P. 2 (1898), стр. 139. Germain. Histoire du commerce de Montpellier. V. II (1861), стр. 76 — широкая компетенція consuls de la mer: наложеніе poenas civiles et criminales, стр. 87, пр. 3. — Statuta communitatis Novariae XIII в. — (Leges Municipales II, P. I) cap. LXIX, стр. 577: tam super homicidiis, quam super aliis capitulis sev statutis. Уголовныя дѣла иногда исключались изъ городской юрисдикціи. См. Huvelin. Essai historique (1897), стр. 233, 234, пр. 2, 3. Тамъ приводится случай, когда это исключеніе не распространялось на купеческій судъ (грамота 1220 г.).—Sclopis. Histoire de la legislation (1861). V. II, стр. 117—120; стр. 225 (вопросы ирригаціи полей). См. Huvelin. Essai historique (1897), стр. 232 (грамота Страсбургу) О широтѣ компетенціи торговыхъ судей и Bourquelot. Etudes sur les foires (1865), стр. 217, 218, 265, 266.

Эта широта статутнаго права легко объясняется его сословнымъ характеромъ. Купеческія гильдіи, какъ и другіе аналогичные союзы, обнимали всю жизнь, всѣ интересы и потребности своихъ членовъ. Но мы теперь-же можемъ ограничить широкую сферу сословнаго jus mercatorum и свести его до болѣе тѣснаго jus mercaturae, съ тѣмъ бо́льшимъ основаніемъ, что уже итальянскіе статуты обнаружили склонность къ такой перестановкѣ понятій.

Вытекая изъ сословно-союзной организаціи средневѣковаго быта, купеческое право само по себѣ давало не достаточно поводовъ къ полному сепаратизму. Рядомъ съ гильдейскимъ купеческимъ правомъ существовалъ рядъ другихъ подобныхъ союзныхъ правъ—земское, феодальное, церковное. Для болѣе рѣшительнаго отличія отъ общаго права нужны были спеціальные принципы, коренящіеся въ особенностяхъ отношеній: торговля должна была явиться областью дѣйствія нормъ и принциповъ, не примѣняемыхъ въ другихъ областяхъ.

Это стремленіе къ сепаратизму, завершающееся въ слѣдующемъ второмъ періодѣ, является основой всего историческаго развитія торговаго права. Полусознательное въ статутахъ, оно получаетъ нѣкоторую опредѣленность у итальянскихъ юристовъ и, наконецъ, становится сознательной темой новѣйшей спеціальной литературы, опирающейся на германское уложеніе 1861 г.

Итакъ, на первыхъ порахъ лицо входило въ союзъ, подчинялось союзной организаціи не въ одномъ какомъ-либо отношеніи. Поэтому-то компетенція гильдіи и гильдейскихъ судовъ опредѣлялась сословными признаками принадлежности къ союзу, записи въ гильдейскихъ матрикулахъ [2]).

По Liber statutorum consulum Cumanorum 1281 купцами считаются тѣ, которые принадлежатъ къ товариществу купцовъ. Въ статутѣ Brescia 1313 г. купцомъ называется тотъ, кто публично занимается торговлей и кто добровольно записывается въ книгѣ у торговыхъ консуловъ,—а кто въ названной книгѣ не отмѣченъ, тотъ не считается и купцомъ [3]).

Матрикуляція—несомнѣнный признакъ сословности. Она опредѣляла точными признаками область гильдейской компетенціи и дол-

---

[2]) Goldschmidt Handbuch des Handelsreshts. B. I. Stuttgart 1875, стр 447, пр. 2.

[3]) Lastig. Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts (1877), 260—261. Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 240—241.

гое время удовлетворяла купцовъ. Но по мѣрѣ развитія отношеній между гильдіями, городами, государствами, сословная гильдейская организація становилась все болѣе и болѣе тѣсной.

Въ своихъ собственныхъ интересахъ удержать за собой опредѣленную область отношеній, гильдіи должны были сдѣлать уступку въ ущербъ сословной замкнутости, расширяя компетенцію купеческихъ судовъ и на лицъ, не принадлежащихъ къ гильдіи.

Этимъ нарушался принципъ „tantum inter suprascriptos mercatores“ (Stat. com. Parmae 1255) и, очевидно, что являлась потребность замѣнить его какимъ-либо другимъ, чтобы не лишить купеческіе суды опредѣленной почвы.

И вотъ нѣкоторые статуты, допуская къ гильдейскому суду лицъ, не принадлежащихъ къ данной гильдіи, требуютъ, чтобы споръ относился къ дѣламъ гильдіи—quae ad artem pertinet (Breve Pisani com. 1286) или—позднѣе—опредѣляютъ компетентность суда inter negotiatores et contrahentes cum eis ex causa mercimonii tantum (Const. dom. Mediolan. 1541) [4]). Вмѣсто матрикуляціи мы видимъ здѣсь извѣстный объективный признакъ, опредѣляющій подсудность. Едва-ли статуты хорошо представляли себѣ компетенцію купеческихъ судовъ при этомъ объективномъ принципѣ. На сколько проста сословная квалификація подсудности, настолько мудрена объективная мѣрка.

Впрочемъ, нѣкоторые изъ статутовъ обнаружили въ этомъ вопросѣ замѣчательную рѣшительность и опредѣленность. Такъ, Liber statutorum consulum Cumanorum iusticie et negociatorum 1281 г. [5]) гл. XXIII предоставляетъ купеческимъ судьямъ споры по всякимъ денежнымъ дѣламъ цѣнностью не выше 60 солидовъ и по всякимъ къ нимъ приращеніямъ безъ опредѣленія стоимости, между кѣмъ-бы они ни возникали; а равно по всѣмъ вопросамъ о землѣ, домахъ, десятилѣтнемъ владѣніи, о движимости и недвижимости, цѣнность коихъ ниже 60 солидовъ; наконецъ, по всякимъ дѣламъ безъ различія стоимости, какія возникаютъ между купцами и по торговымъ дѣламъ. Въ гл. XXVI (стр. 26—27 цит. изд.) запрещается купеческимъ судьямъ вмѣшиваться въ дѣла общей юстиціи.

---

[4]) Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts. I. B. (1875), стр. 438, пр. 14, стр. 422, пр. 7.

[5]) Leges Municipales (въ Monumenta Historiae Patriae T. XVI), T. II, P. I. стр. 26.

Но гораздо любопытнѣе опредѣляется компетенція купеческихъ судовъ по Statuta communis Parmae 1255. По этому статуту торговые судьи разбираютъ дѣла о движимыхъ вещахъ и товарахъ, которыя покупаются или вымѣниваются купцами съ спекулятивной цѣлью (lucrandi causa). Изъ ихъ компетенціи безусловно исключаются всѣ не-купцы, принадлежащіе къ пармской общинѣ и епископату. Всякія дѣла между купцами, возникающія по поводу предметовъ, покупаемыхъ не для торговли, а для домашняго потребленія, какъ и споры о недвижимости, подлежатъ вѣдѣнію общаго городского суда. Въ пармскомъ статутѣ XIII в. мы находимъ удивительное предвосхищеніе мыслей, которыя много позднѣе будутъ служить однимъ изъ обоснованій идеи самостоятельнаго торговаго права.

Но насколько исключительнымъ является подобное опредѣленіе компетенціи торговаго права для среднихъ вѣковъ, легко видѣть изъ того, что послѣдующій ходъ событій совершается вполнѣ независимо отъ теорій нашего статута, не получившихъ, вѣроятно, практическаго осуществленія. Извѣстный историкъ итальянскаго статутнаго права Lattes, сторонникъ самостоятельнаго торговаго права, историческихъ основаній для котораго онъ такъ много находитъ въ статутахъ, вынужденъ поэтому признать, что купеческіе статуты не выработали какой-либо опредѣленной системы торговыхъ дѣйствій [6]), т. е. не дали признаковъ для отграниченія сферы права торговли. Но довольно и того, что статуты намѣтили ближайшее развитіе отъ jus mercatorum къ jus mercaturae.

Въ этомъ отношеніи они въ значительной степени подготовили матеріалъ для той литературы, которой предстояло подвести итогъ средневѣковому статутному праворазвитію.

Итальянскій періодъ торговаго права, какъ извѣстно, завершился разцвѣтомъ итальянской литературы по этому предмету, закончившей одну эпоху и связавшей эту послѣднюю съ слѣдующимъ періодомъ. По времени итальянская литература, представленная знаменитыми юристами Straccha (дата соч. 1550—1555), Scaccia (1618) и Casaregis (1719), выходитъ за предѣлы среднихъ вѣковъ, но стоитъ въ несомнѣнной связи съ средневѣковымъ статутнымъ праворазвитіемъ.

---

[6]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 76.

Итальянскіе юристы XVI—XVII вѣковъ впервые болѣе или менѣе полно формулировали торговое право [7]). Тѣмъ любопытнѣе знать, какъ-же понимаютъ они торговое право, въ какія границы ставятъ его, какія отношенія подъ него подводятъ.

Знаменательно въ этомъ смыслѣ уже самое заглавіе сочиненій первыхъ коммерціалистовъ—de mercatura, de commerciis. Очевидно, авторы отказались отъ нормъ автономнаго управленія, отъ правилъ, связанныхъ съ сословностью. Они слѣдуютъ за тѣми немногими статутами, которые уже сдѣлали попытку подставить понятіе jus mercaturae вмѣсто jus mercatorum.

Пармскій статутъ 1255 г., видѣли мы, опредѣляетъ компетенцію торговаго суда нѣсколькими признаками: а) споръ между купцами, б) по поводу сдѣлки, совершенной gratia lucri acquirendi, т. е. со спекулятивной цѣлью, в) причемъ предметомъ сдѣлки является движимость. Итальянскіе юристы обобщаютъ эти-же самые признаки.

По заявленію Scaccia [8]) понятію торговли удовлетворяютъ многочисленныя названія—mercatura, negotium et omne quod sit pro lucro. Признакъ спекуляціи вводитъ въ понятіе торговли и другой юристъ Straccha [9]), осложняющій это понятіе моментомъ профессіи. Одинъ актъ купли-продажи, говоритъ Straccha (§ 9, стр. 13, § 10), не создаетъ понятія купца, если этому акту не предшествуетъ professio или descriptio in albo или—какъ говорится по просту—записи въ matricula mercatorum. Запись въ реестрѣ создаетъ, очевидно, презумцію профессіи (I, § 10 стр. 13).

Въ результатѣ изученія отдѣльныхъ условій, опредѣляющихъ профессію, торговлю, купца,—оріентироваться въ каковыхъ первому коммерціалисту такъ много помогаютъ Bartolus и Baldus (ср. § 71 стр. 38), является опредѣленіе понятія торговли: mercatura (§ 74 стр. 39) est officium, quod ratione quaestus liciti exerceretur in permutandis emendisque frequenter mercibus illis quoque non mutanda per se forma nec minutatim distrahendis. А соотвѣтственно этому и

---

[7]) Sclopis. Essai historique sur la lègislation italienne dans ses rapports avec l'industrie et le commerce au XIII—XV siecle въ Revue de lègislation et de jurisprudence 1843. T. I, стр. 694.

[8]) Scaccia. Tractatus de commerciis et cambio. Цит. 4 изд. Coloniae 1737 г., I, § 3, стр. 1.

[9]) Beneventus Straccha. Tractatus de mercatura. Цит. изд. 1556, Lugduni apud heredes Jacobi Juntae.

купцомъ считается тотъ, кто въ видахъ промысла и ради полученія прибыли часто покупаетъ товары, чтобы продать ихъ, безъ всякаго измѣненія ихъ формы.

Уже то вниманіе, какое отводится понятію торговли, указываетъ на важность этого понятія для итальянскихъ юристовъ. Очевидно, что центръ тяжести перемѣстился съ jus mercatorum къ jus mercaturae. Но что-же входитъ въ содержаніе этого послѣдняго? Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы безъ труда найдемъ у перваго коммерціалиста Straccha, въ системѣ его сочиненія, обнимающаго всѣ вопросы, относящіеся до jus mercaturae.

Трактатъ Straccha распадается на восемь частей, съ рубриками коихъ намъ тѣмъ интереснѣе ознакомиться, чѣмъ больше приближаютъ онѣ насъ къ системѣ кодексовъ торговаго права, къ которымъ мы перейдемъ въ слѣдующей главѣ.

I часть о томъ, что такое купецъ и что такое торговля.

II ч. о состояніи купцовъ (de statu mercatorum) и обо всемъ, что до этого состоянія относится.

III ч. о тѣхъ, кто не въ правѣ заниматься торговлей.

IV ч. о тѣхъ предметахъ, торговля которыми дозволена; здѣсь-же и о томъ, въ какихъ случаяхъ она запрещена.

V ч. о договорахъ, какіе обыкновенно купцами заключаются; здѣсь-же спеціальный трактатъ de sponsionibus.

VI ч. трактатъ о корабельщикахъ, корабляхъ и мореплаваніи, какъ имѣющихъ ближайшее отношеніе къ торговлѣ.

VII ч. о томъ, какъ перестаютъ быть купцами, и спеціальное разсужденіе de conturbatoribus или decoctoribus.

VIII ч. о томъ, какъ происходитъ судебный процессъ въ дѣлахъ торговыхъ.

Здѣсь указаны всѣ вопросы средневѣковаго торговаго права. Но не нужно думать, что итальянскіе юристы опредѣленно отграничили матеріи, касающіяся mercatura, отъ тѣхъ, что относятся до общаго гражданскаго оборота. Ихъ труды захватываютъ широкую область гражданскаго права. Но во всякомъ случаѣ они исчерпали весь юридическій матеріалъ, касающій торговли и накопленный средними вѣками.

Обращаясь къ системѣ Straccha, мы находимъ три наиболѣе интересныхъ для насъ пункта, которые касаются трехъ различныхъ сторонъ нормированія торговли: полиція (надзоръ), судъ и частное

право. Это три важнѣйшія части jus marcaturae изучаемаго періода съ доминирующей—первой изъ нихъ: по общему признанію всѣхъ изслѣдователей [10]) важнѣйшую и существенную часть средневѣковыхъ городскихъ и купеческихъ статутовъ составляютъ нормы полицейскаго характера. Онѣ—главная и преимущественная тема праворазвитія въ области торговли, на нихъ мы прежде всего и остановимся.

Другая важнѣйшая для насъ часть содержанія статутовъ частное право—слишкомъ скудна, если пріурочивать ее къ купеческимъ статутамъ. Но она-же окажется богатой и въ высшей степени развитой, если вывести ее изъ узкой области торговли и наблюдать на протяженіи всего новаго городского оборота.

— —

§ 5. Регламентація торговли.

Общественная власть, какъ только она обратила вниманіе на торговлю, начала съ покровительства, поощренія и защиты торговли. Представители торговли были союзниками королей въ борьбѣ съ феодализмомъ; торговля давала крупные доходы и сеньерамъ и королямъ [1]); а между тѣмъ торговля не была обезпечена противъ различныхъ неурядицъ и общественнаго неустройства среднихъ вѣковъ, какъ не обезпечена была и отъ иностранной конкурренціи. Вотъ обстоятельства, поведшія къ изысканію мѣръ для развитія и защиты торговли, въ числѣ каковыхъ на первомъ планѣ стоятъ всевозможныя привилегіи и торговыя монополіи, расширявшіяся соотвѣтственно возрастанію могущества купцовъ [2]).

---

[10]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 169. Lattes Il diritto commerciale (1884), стр. 60, 68, пр. 22. Port. Essai sur l'histoire du commerce maritime de Narbonne. Paris. 1854, стр. 23.—Sclopis. Histoire de la législation (1861), ч. II, стр. 144. Ср. Goldschmidt, ib, стр. 113 и 171, гдѣ прямо заявляется, что гильдейскій судъ носитъ характеръ дисциплинарно-полицейскій.

[1]) Bourquelot. Etudes sur les foires de Champagne (1865). V. II, стр. 207.

[2]) Pigeonneau. Histoire du commerce (1885). V. II, стр. 118, 308, 310. Уже въ срединѣ XII в. герцоги нормандскіе даютъ руанской гильдіи монополію торговли между Нормандіей и Ирландіей, а руанскимъ гражданамъ—монопольное плаваніе по Сенѣ—въ предѣлахъ ихъ общины. Короли Людовики VI и VII и Филиппъ-Августъ устанавливаютъ монополію парижской ганзы. Letourneau. Evolution du commerce (1897), 500—501.

Затѣмъ идутъ мѣры къ установленію мира, который обезпечивали себѣ на первыхъ порахъ сами купцы, отправляясь въ путешествіе караванами, превращаясь изъ купцовъ въ вооруженныхъ полу-солдатъ [3]), или заключая договоры съ сеньерами. Таковъ, напр., договоръ 1294 года, заключенный между итальянскими купцами, посѣщающими французскія ярмарки, и между графомъ Othon и его братомъ Hugo de Miles [4]). Сеньеры обѣщаютъ здѣсь возмѣстить всякій вредъ, какой купцы или ихъ семейные потерпятъ въ странѣ отъ воровъ или разбойниковъ. Нѣкоторую аналогію съ подобными актами—по своей цѣли—имѣютъ договоры и грамоты русскихъ князей, обѣщающія гостямъ и посламъ путь чистъ по волости князя, или выговаривающія: „а дворяномъ твоимъ (князя) у купецъ повозовъ не имати, развѣ ратной вѣсти“, „гости ѣхати безъ пакости“ [5]) и т. п.

По мѣрѣ закрѣпленія союза между королевской властью и городами, защита торговли и промысловъ переходитъ въ руки королей, на помощь которымъ приходитъ и церковь, приложившая немало усилій къ установленію мира и считавшая подъ своей особенной защитой рынки и ярмарки [6]). Церковь простирала свои заботы на то, чтобы „путешественники, купцы и крестьяне пользовались полной безопасностью во время своихъ поѣздокъ и путешествій“ [7]).

Миру служили города, какъ то очевидно, изъ муниципальной грамоты Страсбургу отъ 1129 году въ которой читаемъ [8]): „подобно

---

[3]) Pigeonneau. Histoire du commerce (1885). I, стр. 62. Cons. Précis d'histoire du commerce (1896). I, стр. 85—87, 89. Милюковъ. Очерки по исторіи русской культуры (1896). Ч. I, стр. 94. Letourneau. Evolution du commerce (1897), 499—500.

[4]) Цит. по Huvelin. Essai historique (1897), стр. 366. Другіе примѣры – стр. 370, 371 и друг.

[5]) См. Напіерскій. Русско-ливонскіе акты. Изд. Арх. Комм. 1868, напр. стр. 453 (1266—1272), стр. 24 (1301?), стр. 34 (1323), стр. 63 (1338). Собраніе Государственныхъ Грамотъ. I, № 8 (1305), № 12 (1317), договоръ Новгорода съ Казиміромъ IV (1470—1471) въ Христоматіи проф. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Вып. I (1889), ст. 28, стр. 222.

[6]) Cons. Précis d'histoire du commerce (1896). I, стр. 81—82 — мѣры, принимавшіяся Ѳеодосіемъ, Дагобертомъ, особенно Карломъ Великимъ. См. знаменитый капитулярій Карла В. „de villis“.

[7]) Bourquelot. Etudes sur les foires (1865), I, 13—14. Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 24. Въ 8 кан. клермонтскаго собора 1130 и реймскаго 1131 и др.: „praecipimus ut.... peregrini et mercatores et rustici euntes et redeuntes omni tempore securi sint“.

[8]) Huvelin. Essai historique sur le droit des marchés (1897), стр. 227. См. пр. 4 и стр. 228 пр. 1. См. и стр. 469.

другимъ городамъ, Аргентина (римское названіе Страсбурга) основана съ тѣмъ (in eo honore), чтобы каждый—какъ чужестранецъ, такъ и туземецъ, всегда и ото всѣхъ имѣли миръ"...

Миръ особенно энергично защищался тамъ, гдѣ грозила ему наибольшая опасность—какъ то было на рынкѣ. Въ грамотѣ Renaud de Bourgogne, данной въ 1283 г. городу Montbéliard, мы читаемъ: „не можетъ и не долженъ быть присуждаемъ штрафъ свыше шестидесяти солидовъ, кромѣ случаевъ убійства на рынкѣ или площади, когда штрафъ удваивается" [9]).

Земскій и городской миръ достигался общими усиліями церкви, королей, сеньоровъ и купцовъ—и этого достаточно, чтобы признать крайнимъ преувеличеніемъ утвержденіе, что для среднихъ вѣковъ миръ божій и миръ ярмарочный одно и то же, или даже, что идея городского мира тождественна съ идеей вѣчнаго мира [10]).

Миръ нуженъ былъ для купцовъ и торговли — это очевидно само-собой. Можетъ быть даже, что временами они нуждались въ замиреніи больше, чѣмъ кто-либо. Но для насъ особенно интересно то, что сама торговля и купцы способны были вызвать на созданіе мѣръ безопасности. Любопытно далѣе и то, что покровительство и защита торговлѣ, оказанныя въ средніе вѣка, могли имѣть и дѣйствительно имѣли оборотную сторону,—такъ какъ онѣ привели къ регламентированію торговли. Какъ гильдіи и цехи, имѣвшія обезпечить свободу лицъ, входившихъ въ составъ союзовъ, привели къ стѣсненію этой свободы, такъ монополіи и привилегіи—на ряду съ видимыми выгодами—принесли ограниченія. Примѣръ „торговой свободы" представляетъ Венеція, которой дозволена была только морская торговля, и гдѣ существовалъ цѣлый рядъ ограниченій относительно продажи и покупки судовъ, гдѣ регламентированъ былъ составъ флотилій, выборъ капитана, продолжительность пути и т. д. [11]). Руанскіе купцы, получившіе монополію на экспортъ винъ изъ Франціи Сеной и моремъ, могли снаряжать корабли только въ Руанѣ и непремѣнно при участіи морскихъ маклеровъ этого города [12]). Регламен-

---

[9]) Huvelin. Essai historique (1897), стр. 470.

[10]) Huvelin. Essai historique sur le droit des marchés (1897), напр. стр. 338, сл. 356. Ср. Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891). стр. 130.

[11]) Sclopis. Histoire de la législation italienne (1861). V. II, 206. Cons. Précis d'histoire du commerce (1896), I, 392.

[12]) Letourneau. Evolution du commerce (1897), 500—501.

тація продажныхъ цѣнъ, заработной платы—въ ордоннансахъ [13]), мѣста и времени торговли—еще въ каролинскихъ капитуляріяхъ [14]) дѣлается еще болѣе детальной въ статутахъ [15]). Такъ, напр., Statuta communis Parmae 1266—1304 даетъ цѣлый рядъ мелочныхъ опредѣленій о торговлѣ разными предметами, о торговлѣ по средамъ и субботамъ, о мѣстахъ размѣщенія товаровъ и т. п. [16]).

А подобная регламентація неизбѣжно связана съ надзоромъ за торговлей, очевидно, способной нарушить тотъ миръ и общественную безопасность, въ обезпеченіи которыхъ сама она принимала участіе.

Купцы вооружались для самосохраненія, но въ виду возможнаго перехода къ нападенію, являлась надобность ограничить ихъ въ количествѣ оружія, какое могло быть взято во время торговыхъ путешествій, въ числѣ людей, которые могли сопровождать торговый караванъ. Необходимо было предупредить превращеніе торговаго каравана въ шайку грабителей [17]).

Несомнѣнно, торговля играла и играетъ громадную роль въ воспитаніи дѣловой честности. Но и до сихъ поръ, а особенно въ средніе вѣка—торговля представляетъ и представляла не мало соблазновъ и вызывала общественную власть на надзоръ. Такъ уже капитулярій 803 г. [18]) допускаетъ торговлю только днемъ, на виду у всѣхъ, и при свидѣтеляхъ; исключеніе сдѣлано только для съѣстныхъ припасовъ, которые могутъ быть необходимы для путешественниковъ, если имъ придется проѣзжать ночью. Мѣнялы и купцы, пріѣзжавшіе на ярмарку св. Мартина Падуанскаго, клятвенно пообѣщали впредь не заниматься ни воровствомъ, ни мошенничествомъ [19]). Совершенно понятно нерасположеніе народа къ купцамъ, искусственно увеличи-

---

[13]) Letourneau. Evolution du commerce (1897), 498 (прим. XIV в.).

[14]) Pigeoneau. Histoire du commerce (1885), I, 290—296. Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), 126.

[15]) Ср. Sclopis. Histoire de la législation italienne, I (1861), стр. 120, 129, 135, 141. Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 68, прим. 22.

[16]) Цит. по изд. Parmae 1856, стр. 68. См также Impositio officie Gazarie въ Leges Municipales (Monumenta Historiae Patriae), V. I, стр. 199. Ср. Statuta civitatis Pergami XIII въ Leges Municipales II. P. 2, стр. 1997.

[17]) Такія именно предписанія см. въ Imposicio officie Gazarie въ Leges Municipales (Monumenta Historiae Patriae, т. XVI). V. I., стр. 326. Ср. 357. Ср. Letourneau. L'evolution du commerce (1897), стр. 515—517, 519, 534, 539. Никитскій. Экономическій бытъ Вел. Новгорода (1893), стр. 28.

[18]) Leges. Monumenta Germaniae historica. I, стр. 120.

[19]) Huvelin. Essai historique sur le droit des marchés (1897), 344 прим.

вавшимъ вѣсъ товара, сбывавшимъ негодное въ полутемныхъ магазинахъ, мошенничавшимъ въ своихъ мѣняльныхъ лавкахъ, поднимавшимъ хлѣбныя цѣны въ годы народныхъ бѣдствій [20]). По самому свойству занятій, казалось, купцы лишены возможности „nobiliter vivere“ [21]).

Надзоръ за торговлей и купцами было, очевидно, необходимъ. И онъ, дѣйствительно, существовалъ, проявляясь въ весьма разнообразныхъ формахъ, исчерпать которыя не входить въ нашу задачу. Liber consuetudinum Mediolani [22]), считающійся древнѣйшимъ кодексомъ торговаго права (tit. XXXI), занимается исключительно полицейскими вопросами, предоставляя темы частнаго права (договоры, сервитуты, наслѣдованіе, давность и нѣк. др.) другимъ титуламъ, лежащимъ внѣ купеческихъ обычаевъ, и нормирующимъ весь оборотъ безъ различія гражданскаго и торговаго. Торговые консулы, по миланскимъ купеческимъ обычаямъ, заботятся о сохраненіи торговыхъ обычаевъ и предупреждаютъ,—чтобы никто не пользовался фальшивой мѣрой или вѣсомъ, а виновный въ томъ платилъ бы штрафъ. Развитіе этихъ правилъ относительно отдѣльныхъ предметовъ продажи—хлѣба, масла и т. п. не представляетъ интереса. Въ Statuta civitatis Pergami [23]) (XIII в.), въ capitula XIII, идетъ рѣчь опять-таки ни о чемъ иномъ, какъ de mercatoribus et ponderibus et rubbis et aliis amuelandis.

Эта тема хорошо извѣстна и нашему древнему праву [24]). Въ уставной грамотѣ Витебской землѣ 1503 г., а впервые данной, вѣроятно, въ концѣ XIV в. [25]), говорится: „такожъ и въ вѣсы ви-

[20]) Cons. Precis d'histoire du commerce (1896), I, стр. 192, 182—184. Обманы и плутоватость русскаго купца въ старину — не составляетъ такимъ образомъ ничего исключительнаго. При сопоставленіи съ соотвѣтствующими фактами западной исторіи они не компрометируютъ и степень культуры, особенно если принять въ расчетъ засвидѣтельствованные иностранцами обманы русскихъ купцовъ со стороны иноземныхъ гостей. Костомаровъ. Очеркъ торговли Московскаго государства въ XVI и XVII ст. Изд. 2 (1889), стр. 179 слл.

[21]) Bourquelot. Etudes sur les foires de Champagne. I (1865), стр. 53—54.

[22]) Leges Municipales (Monumenta Historiae Patriae т. XVI), Т. II, P. I.

[23]) Leges Municipales (Monumenta Historiae Patriae), Т. II, P. II, стр. 1997 слл.

[24]) Ср. Уставъ Владиміра св. о церковныхъ судехъ по изд. проф. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Христоматія, I (1889), стр. 212. См. договоръ смоленскаго князя Мстислава 1229 по тому же изд., ib. стр. 108, ст. 41. См. еще Уставъ в. кн. Всеволода 1125—1136 по тому же изд., стр. 227.

[25]) По изданію и толкованію проф. М. Н. Ясинскаго: Уставныя земскія грамоты Литовско-Русскаго государства. Кіевъ. 1889 г., стр. 122, ст. XV.

тебскіи, а ни въ локоть намъ не вступатися; а коли который витблянинъ у вѣсѣхъ проступитъ, або у локоти: имъ витбляномъ самимъ казнити виноватаго, по своему праву, а намъ въ то не вступатися". По авторитетному истолкованію издателя грамоты, здѣсь разумѣется не только простой обмѣръ и обвѣсъ при продажѣ, куплѣ и мѣнѣ товаровъ, но также обмѣръ и обвѣсъ квалифицированный, произведенный съ помощію умышленнаго употребленія невѣрныхъ вѣсовъ или мѣръ [26]). Продажа завѣдомо-недоброкачественнаго товара (воску) также вызывала мѣры воздѣйствія со стороны земской власти, дорожившей торговой репутаціей города [27]).

Но какимъ образомъ мѣры защиты противъ купцовъ могли найти себѣ мѣсто въ купеческихъ статутахъ? Любопытная особенность многихъ институтовъ, преслѣдующихъ въ концѣ концовъ общественный интересъ, заключается въ томъ, что на первыхъ порахъ, они не идутъ далѣе интересовъ, замкнутыхъ въ данной группѣ, въ сословіи. Предписанія о вѣсахъ и мѣрахъ, преслѣдованіе обмановъ нужно прежде всего самимъ купцамъ, въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Но мало-по-малу эта защита захватываетъ и лицъ, соприкасающихся съ купечествомъ. Наконецъ, когда усилившаяся общественная власть становится надъ союзами и сословными группами, тѣ-же мѣры дѣлаются въ рукахъ этой власти средствомъ обезпеченія общественнаго интереса.

Такую судьбу пережили, напр., такіе институты, какъ купеческая матрикуляція и купеческія книги.

Институтъ регистраціи получилъ свое начало въ средневѣковыхъ купеческихъ статутахъ. Онъ стоялъ въ тѣсной связи съ гильдейской организаціей и не преслѣдовалъ никакихъ иныхъ цѣлей, кромѣ сословныхъ. И первое время регистрація удовлетворяетъ сословно-союзной потребности гильдій, является взаимнымъ контролемъ въ узкокупеческихъ интересахъ. Аналогичное положеніе занимаютъ купеческія книги, служащія въ началѣ интересамъ одного купца.

Мы не можемъ указать момента, когда тотъ и другой институтъ превращаются въ средство контроля и надзора, какъ въ интересахъ купцовъ, такъ и въ интересахъ всего общества. Это происходитъ

---

[26]) М. Н. Ясинскій. Уставныя земскія грамоты (1889), стр. 122, пр. 84.

[27]) См. грамоту Витебской землѣ по изд. М. Н. Ясинскаго, стр. 122, пр. 85. Грамота Полоцкой землѣ (конецъ XIV в.) у М. Н. Ясинскаго, стр. 123, пр. 88.

тогда, когда изъ гильдейскаго установленія они превращаются въ публично-правовые институты. Съ этимъ характеромъ они остаются до новѣйшаго времени, обнаруживая, однако, уже въ XVIII вѣкѣ новую сторону, которую мы отмѣтимъ въ своемъ мѣстѣ.

Полусознательный контроль и надзоръ за торговлей, лишь мало-по-малу выдѣлявшійся изъ купеческаго взаимо-контроля и переходившій въ сознательную дѣятельность общественной власти, является характернымъ для времени сложенія и укрѣпленія этой власти. И тѣмъ интереснѣе тотъ рѣдкій, быть можетъ, единственный случай, когда защита интересовъ общества противъ крайностей индивидуализма—съ перваго шага является вполнѣ сознательной и опредѣленной.

Мы имѣемъ въ виду борьбу противъ процентовъ, ближе всего касавшуюся купцовъ, мѣнялъ, узураріевъ. Эту защиту взяла на себя церковь, анаѳемировавшая эгоизмъ и богатство. За церковью пошла королевская власть [28]), объявившая ничтожными сдѣлки узураріевъ и подвергнувшая этихъ послѣднихъ уголовному преслѣдованію. Противъ процентовъ высказываются coutumes, coutumiers, отражая на себѣ общее теченіе жизни [29]), какъ и городскіе статуты [30]).

Непосредственно примыкая къ глоссаторамъ и канонистамъ, Straccha считаетъ недозволеннымъ промыселъ узураріевъ (I § 31, стр. 20). Scaccia отсылаетъ къ doctores juris canonici и теологамъ за разрѣшеніемъ всякихъ сомнѣній по поводу процентовъ (I § 38), но вообще объявляетъ usurae не дозволенными—и по естественному праву и по мнѣнію теологовъ и юристовъ и по Евангелію (§ 398, § 401).

Представители русской церкви столь же рѣшительно высказывали порицанія „лихоиманьникамъ“ и рѣзоимству. „Мзды не емлите,

---

[28]) Beaune. Les contrats. Paris. (1889), 362, 364, 365. Glasson. Histoire du droit de la France (1896). VII, стр. 608.

[29]) Glasson. Histoire du droit de la France (1896). VII, 608. Одинаково противъ высказываются и Beaumanoir. Les coutumes du Beauvoisis (ed. Beugnot). T. II, гл. LXVIII, и Boutellier. Somme rurale. Ed. Charonda. Paris. 1611. II lib., tit. XI и Glanvilla. Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae (изд. 1604 г.), lib. X, cap. 3 и Coutumes d'Anjou et du Maine — въ компиляціи XIV, а равно и XV в. См. Beautemps-Beaupré. Coutumes et instituts. Paris. 1877, T. II (F) и T. IV (L).

[30]) Напр Statuta civilia domus mercatorum Veronae nunc primum impressa. Anno CID.IC.IIC, lib. II, cap. V, стр. 32. Тоже въ Statuta civitatis Pisauri. Pisauro 1531, rub. 44. Тоже въ венеціанскомъ законѣ 1254 г. — см. Novissimus statutorum ac venetarum legum volumen. Venetiis M.D.CC.XXIX, стр. 254.

въ лихву не даите"—это поученіе Луки Жидяты проходитъ красной нитью чрезъ всю древне-русскую проповѣдь, боровшуюся противъ закабаленія въ неволю изгойствомъ, рѣзоиманіемъ и лихоимствомъ [31]). Съ ограниченіемъ процентовъ мы встрѣчаемся и въ Уставѣ о Земскихъ дѣлахъ, приписываемомъ Ярославу I, и въ Законѣ Судномъ. Не запрещаетъ, но неоднократно ограничиваетъ проценты и Русская Правда [32]).

Столь энергичная и повсемѣстная борьба съ процентами, далеко не окончившаяся и до сихъ поръ, указываетъ на серьезныя интересы, за которыя вступались и церковь, и народный обычай, и законодательство. Лишь торговый оборотъ [33]) не охотно мирился съ этимъ ограниченіемъ, усложняя своей борьбой работу общественной власти.

Въ нашу задачу не входитъ подробная оцѣнка этого общественнаго теченія. Но во всякомъ случаѣ лихвенная теорія является наилучшимъ примѣромъ бдительнаго надзора со стороны общественной власти надъ экономической жизнью, притомъ-же надзора вполнѣ сознательнаго и потому энергичнаго.

Чтобы покончить съ полицейской регламентаціей торговли по средневѣковому праву, въ заключеніе еще разъ обратимся къ Scaccia [34]), который одинаково съ Straccha, не мало мѣста удѣляетъ ученію о торговлѣ дозволенной и недозволенной. Въ заключительной главѣ трактата de commerciis prohibitis Scaccia (§ 1 Qu. 1) перечисляетъ виды запрещенной торговли по предметамъ (re feodali, libero homine, veneno malo, frumento publici canonis, re aliena, и въ числѣ запрещенныхъ предметовъ названы res sacrae, religiosae, respublicae); по лицамъ (между христіанами и врагами римскаго народа, personis religiosis, nobilis, между адвокатами и кліентами, между докторами и паціентами, малолѣтнимъ); по времени (праздники); по мѣсту (въ церкви); по свойству договоровъ (монополіи, venditio dolosa, заемъ съ процентами, фактивныя сдѣлки); въ обходъ закона (заемъ чужихъ вещей, про-

---

[31]) Русскія Достопамятности. Ч. I. М. 1815, стр. 89. Пономаревъ. Памятники древне-русской церковной учительной литературы. Вып. I. СПБ. 1894, стр. 16 вып. II. СПБ. 1896—Славяно-русскій прологъ, XXXIX и др.

[32]) Проф. М. Ф. Владимірскій-Будановъ. Христоматія. Вып. I (1889), стр. 53, пр. 78, стр. 57. пр. 85 и 86.

[33]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 137 сл.

[34]) Scaccia. Tractatus de commerciis et cambio. Цит. 4 изд. Coloniae 1738 г.

дажа census). Авторъ, не ограничиваясь этимъ перечисленіемъ отдѣльныхъ видовъ запрещенной торговли, даетъ и общую теорію, во всякомъ случаѣ свидѣтельствующую о важности трактуемаго вопроса. Замѣчательно, говоритъ Scaccia (§ 17, § 18 стр. 3), что одни съ крайней ригоричностью отрицаютъ почти всѣ виды торговли, другіе, напротивъ того, излишне легкомысленно почти всякую торговлю одобряютъ. Scaccia стоитъ на среднемъ пути и признаетъ за дозволенные тѣ виды торговли, которые не представляются опасными для спасенія души.

Если—какъ то и было—литература вполнѣ отражала на себѣ теченія жизни и тенденціи права, то можно еще разъ сказать, что полицейская регламентація, дѣйствительно, составляла главное въ отношеніяхъ общественной власти къ торговлѣ и наполняла собой тѣ правила, какія возникали и существовали ради торговли.

---

§ 6. Городское частное право.

Если можно пріурочивать къ торговлѣ (mercatura) нѣкоторыя спеціальныя мѣры покровительства, надзора и контроля въ самомъ моментѣ ихъ возникновенія, то нельзя того же сдѣлать относительно нормъ частнаго права.

То праворазвитіе въ области частнаго права, какое наблюдаемъ мы въ средніе вѣка, есть праворазвитіе не торговое только и даже не торговое преимущественно, а городское вообще. Торговля оказала несомнѣнное вліяніе и здѣсь, но опредѣлить мѣру этого вліянія весьма затруднительно, особенно относительно выработки общихъ принциповъ частнаго права. Нѣсколько очевиднѣе это вліяніе торговли на развитіе отдѣльныхъ сдѣлокъ. Но и здѣсь творчество торговли, шедшее рука объ руку съ работой обще-гражданскаго оборота, не шло такъ далеко, чтобы въ концѣ-концовъ создать какую либо самостоятельную систему торговыхъ дѣйствій.

А между тѣмъ уже въ настоящемъ періодѣ, по крайней мѣрѣ, въ заключительномъ его моментѣ, мы встрѣчаемся съ попыткой пріурочить результаты городского праворазвитія—къ торговлѣ, mercatura. Выше замѣчено было, что итальянскіе юристы въ своихъ сочиненіяхъ de mercatura, de commerciis затрагиваютъ не мало матерій общаго гражданскаго права. Гораздо дальше итальянскихъ юристовъ пойдутъ въ этомъ отношеніи новыя торговыя уложенія.

Купеческіе статуты, видѣли мы, проявили стремленіе къ созданію особыхъ торговыхъ обычаевъ, которые примѣнялись бы торговыми судьями. Но гдѣ-же найти эти спеціально-торговыя нормы? Статуты, проявившіе самый рѣшительный сепаратизмъ, не даютъ отвѣта на этотъ вопросъ или отсылаютъ судей къ самостоятельному отысканію такихъ спеціальныхъ нормъ. Consules negotiatorum, по Liber statutorum 1281, при вступленіи въ должность обѣщаютъ разбирать тяжбы по доброй совѣсти, безъ обмана, руководствуясь торговыми статутами, а за неимѣніемъ ихъ общими статутами (allia statuta consulum Cumarum iusticie et civitatis Cumarum), а за недостаткомъ этихъ послѣднихъ—обычаемъ и добрыми нравами. Не менѣе предусмотрительными съ этой стороны являются статуты Флоренціи (1299), Вероны (1318) и нѣкоторые др., по которымъ купеческіе консулы (судьи) при вступленіи въ должность присягали: рѣшать дѣла по обычаю, если таковой имѣется, за отсутствіемъ-же обычая—по доброй совѣсти [1]).

Въ другихъ случаяхъ мы встрѣчаемъ въ купеческихъ статутахъ указаніе на обще-городскіе статуты въ качествѣ дополнительныхъ источниковъ, какъ то въ Комо (1281), Миланѣ (1396) и др. [2]). Иногда-же, какъ напр. въ Пармѣ, общіе статуты считались общими источниками для дѣлъ купеческихъ и всякихъ иныхъ. Но любопытенъ особенно фактъ, что въ такомъ торговомъ городѣ, какъ Генуя, не было ни купеческихъ гильдій, не было выработано никакихъ спеціально-торговыхъ обычаевъ вещнаго или обязательственнаго права. Существовавшіе и тамъ consules artium рѣшали только вопросы управленія и дисциплины [3]). Какъ бы ни объяснять этотъ фактъ [4]), несомнѣнно одно, что онъ лишній разъ указываетъ на общность праворазвитія въ оборотахъ гражданскомъ и торговомъ.

Обычай, явившійся единственной формой для того и другого, былъ связующимъ звѣномъ между старымъ и новымъ, между предшествовавшимъ развитіемъ въ формѣ народнаго и земскаго права—

---

[1]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 73, прим. 1.

[2]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 73 и прим. 7, стр. 75, пр. 5, ср. стр. 66, пр. 13.

[3]) Lastig. Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts. Stuttgart. 1877, стр. 149, 170, 171; ср. и 158. Какъ разнообразны вліянія, подъ которыми развивается генуезское гражданское право—см. Lastig, стр. 159 сл.

[4]) Lastig. Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts (1877), стр. 10. Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 71—72.

съ одной стороны, и настоящимъ—въ формѣ городского права—съ другой [5]).

Вотъ почему въ новомъ городскомъ правѣ мы все еще наблюдаемъ порядки временъ народныхъ Правдъ и земскихъ, проявляющіеся особенно въ нормированіи отношеній по недвижимости и уголовныхъ.

Древнѣйшіе кодексы городского права, какъ Statuta Senarum, Mediolani, Niciae являются примѣромъ древняго законодательства, которое рисуетъ патріархальную деревенскую жизнь съ едва-едва зарождающимися новыми потребностями. А въ явно выраженномъ недовѣріи къ сосѣдямъ, въ исключеніи женщины изъ наслѣдства, въ стремленіи сосредоточить въ небольшомъ числѣ семействъ города всю земельную собственность находятъ положительное сходство между новымъ правомъ и народными Правдами [6]). И почти полнаго тождества достигаетъ это сходство въ области уголовнаго права, какъ относительно системы, такъ и въ законахъ объ убійствѣ [7]).

Такова одна сторона, которою городское право обращено къ прошлому Но у него есть и другая—обращенная впередъ, но стоящая въ несомнѣнной связи съ общеземскимъ праворазвитіемъ, дѣлавшимъ шагъ впередъ по сравненію съ народнымъ правомъ.

Городское право явилось протестомъ противъ средневѣковаго схоластическаго формализма; но оно само выросло на правахъ народномъ, земскомъ, римскомъ и каноническомъ.

Совершенно то же самое надо сказать и объ итальянской литературѣ XVI—XVII вв, формулировавшей новое праворазвитіе и провозгласившей новые принципы, которые на самомъ дѣлѣ были продуктомъ не одного только городского права и тѣмъ болѣе не одного jus mercaturae.

Таковъ прежде всего принципъ честности и исполненія обѣщанія, который Straccha считаетъ (I § 10 стр. 57) особенно близко касающимся торговли и болѣе всего нужнымъ для купцовъ. Соотвѣтственно тому и въ судѣ по торговымъ дѣламъ будто-бы особенно

---

[5]) См. Heusler. Institutionen des Deutschen Privatrechts. I B. Leipzig. 1885, стр. 25.

[6]) Sclopis. Histoire de la législation italienne. V. I. Paris. 1861, перев. съ итал., стр. 147—148. Ср. Leggi del consolato di Genova. MCXLIII.

[7]) Ср. Leges Municipales (въ Monumenta Historiae Patriae). V I, стр. 261, XI (сходство съ лонгобардскими обычаями).

старательно примѣняется мѣрка aequitas—какъ протестъ противъ всякаго рода apices и subtilitates не-торговыхъ судовъ (VIII, § 2 стр. 410, § 5, § 9 сл. ср. IV, § 1 стр. 130).

Едва-ли можно сомнѣваться, что городской оборотъ, съ торговлей и промышленностью включительно, содѣйствовалъ побѣдѣ aequitas надъ средневѣковой схоластикой, но относить все развитіе въ этой области на счетъ торговли не представляется основательнымъ. Тотъже принципъ bona fides, являвшійся, очевидно, общимъ достояніемъ новаго праворазвитія, устанавливаютъ и coutumes. Такъ Boutilier (XIV в.) [8]) свидѣтельствуетъ, что bonne foy считается необходимымъ условіемъ всякаго договора. Древніе обычаи Anjou [9]) прямо заявляютъ, что bonne foy и bonnes meurs являются существеннымъ элементомъ и условіемъ сдѣлки.

Принципомъ торговаго права считаетъ Straccha (IV, § 1 стр. 130) и свободу волеизъявленія. Въ общихъ судахъ, говоритъ онъ, nuda pacta не создаетъ иска и защищается лишь экцепціей. Напротивъ того, въ торговомъ судѣ, гдѣ дѣла разрѣшаются de bono et aequo, не можетъ имѣть мѣста возраженіе, что изъ nuda pacta нѣтъ иска.

Это положеніе итальянскаго юриста входитъ затѣмъ въ обиходъ спеціальной литературы и неизмѣнно повторяется при характеристикѣ особенностей торговаго права.

Однако, оно не совсѣмъ соотвѣтствуетъ исторической правдѣ, такъ какъ торговое право не было піонеромъ въ борьбѣ съ формализмомъ.

Если согласиться, что формальные договоры развились позднѣе реальныхъ [10]), то для древнѣйшаго періода придется признать формализмъ лишь какъ способъ мышленія, обнаруживающійся въ матеріализаціи явленій и, такъ сказать, случайно [11]), а не шаблонно—какъ

---

[8]) Somme rurale ou le grand coutumier general de pratique civil et canon. éd. Charondas le Caron. Paris. M.DC.XI, lib. I, tit. XL

[9]) Les costumes d'Anjou et du Maine selon les rubriches de code n° 160 и 162, изд. Beautemps Bauprés. Paris. 1877.

[10]) См. Thevenin. Contribution à l'histoire du droit germanique въ Nouvelle Revue historique 1879 № 4, 1881 №№ 1 и 4, стр. 448 (о реальныхъ договорахъ, какъ древнѣйшихъ). Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1898, стр. 62. Löning. Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen 1876 (о консенсуальныхъ, какъ древнѣйшихъ).

[11]) См. примѣры такого формализма у проф. Мрочекъ-Дроздовскаго. Изслѣдованія о Русской Правдѣ. Прилож. ко 2 вып. Москва. 1886, стр. 2. См. первоначальная Лаврентьевская Лѣтопись подъ 862—79 г. и еще: подъ 907 г.

проявляется формализмъ торжественный. Древнѣйшій формализмъ проявляется и въ сдѣлкѣ наравнѣ съ соглашеніемъ и реальнымъ моментомъ. Но всѣ эти три момента сливаются и во всякомъ случаѣ являются одинаково нужными для дѣйствительности сдѣлки [12]). Руда и взвѣшиваніе, присутствіе родственниковъ или сосѣдей—все это необходимая обстановка, въ которой матеріализировались понятія древняго человѣка.

Эти реальныя явленія вырождаются въ формальности лишь въ слѣдующемъ періодѣ, когда начинаютъ фигурировать въ сдѣлкѣ задатокъ, festuca, глыба земли и рукобитье. Вотъ этотъ-то торжественный формализмъ, все еще неизвѣстный Русской Правдѣ [13]), уже хорошо знакомъ германскимъ Правдамъ и въ особенности характеризуетъ средневѣковое право и юриспруденцію [14]).

Не составляло исключенія и купеческое статутное право. Нѣкоторые статуты предписываютъ участіе сензаловъ въ торговыхъ договорахъ, объявляя ничтожными тѣ, въ которыхъ такого участія не засвидѣтельствовано [15]). Другіе статуты купеческихъ гильдій требуютъ непремѣннаго участія въ сдѣлкѣ свидѣтелей, запись договора въ реестрѣ сензаловъ или гильдій. Въ статутахъ-же встрѣчаемся съ arra, denario di Dio, palmata [16]). И можно было-бы удивляться, если бы торговый оборотъ смогъ отрѣшиться отъ подобнаго формализма, проникавшаго собой умъ средневѣкового человѣка.

Лишь въ эпоху возрожденія римскаго права юристы, разработывавшіе обычное право, подъ вліяніемъ каноническимъ, восприняли воззрѣніе (не проведенное такъ рѣшительно и римлянами), что всякое соглашеніе порождаетъ обязательство. „Всякія соглашенія должны быть соблюдаемы, и потому говорятъ, что соглашеніе имѣетъ силу

---

[12]) Для римскаго права проф. Гусаковъ. Деликты и договоры. Москва. 1896, стр. 51 сл., 58—59.

[13]) Иного мнѣнія г. Бѣляевъ въ Сборникѣ правовѣдѣнія и общественныхъ знаній, т. V, стр. 1, 4, 8, 9 др.

[14]) Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France T. VII. Paris. 1896, стр. 588 и T. III, стр. 241 сл. Beaune. Los contrats (1889), 337.

[15]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 125, стр. 110, пр 5 (напр. St. merc. Veron. 1318. St. merc. Monz. 1331, Siena—st. merc. 1645).

[16]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 125 и пр. 10, 126 и пр. 15.—Въ Coutumes et reglements de la republique d'Avignon (1243), стр. 194 de Maulde. Anciens textes de droit français inedits. Paris. 1879. Cap. CXXI de denario Dei. Item statuimus quod quelibet mercandaria... inter se dederint... denarium Dei.

закона, за исключеніемъ соглашеній, противорѣчащихъ добрымъ нравамъ"—говоритъ знаменитый французскій юристъ Beaumanoir [17]).

Такимъ образомъ, общій обычай провозгласилъ принципъ свободы волеизъявленія не позднѣе обычая торговаго.

Спеціально-торговымъ принципомъ считается и подразумѣваемая солидарная отвѣтственность по обязательствамъ [18]). Lattes думаетъ, что этотъ принципъ вполнѣ соотвѣтствовалъ интересамъ торговли, но вынужденъ производить его изъ семейныхъ отношеній.

„Нераздѣльная семья"—это общая презумція статутныхъ обязательствъ. Родители отвѣчаютъ за своего торгующаго сына, пока длится patria potestas, если не заявятъ прямо, что уклоняются отъ подобной отвѣтственности. По нѣкоторымъ статутамъ (Piazenza 1321, Brescia 1429 и др.), отвѣтственность захватываетъ не только родителей, но и другихъ членовъ фамиліи. Въ Флоренціи признавалась солидарная отвѣтственность братьевъ, если они занимались однимъ ремесломъ и т. д. [19]).

На Руси такая солидарная отвѣтственность связывала членовъ черной (посадской) сотни за сдѣлку, заключенную однимъ изъ членовъ ея [20]).

Гораздо бо́льшее вліяніе долженъ былъ оказать торговый оборотъ на развитіе строгости взысканія по обязательствамъ. Спеціальные ярмарочные суды, дѣйствовавшіе, впрочемъ, не безъ конкурренціи судовъ городскихъ и монастырскихъ [21]), несомнѣнно, содѣйствовали развитію скораго [22]) и строгаго суда. Здѣсь, какъ и въ гильдейскихъ

---

[17]) Les coutumes du Beuvoisis par Ph. de Beaumanoir, jurisc. f. du XIII s. nov. èd. par le comte Beugnot (Paris. M.D.CCC.XLII). V. II. Ch. XXXIV, стр. 2. См. и Livres de Jostice et de Plet (XIII в.) ed. Rapetti въ Collection de documents inedis. Paris. 1850. Ch. XVI. § 1.

[18]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 309, пр. 3.

[19]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 123–124.

[20]) Очеркъ торговли Московскаго государства въ XVI и XVII столѣтіяхъ (1889), стр. 163.

[21]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 229, пр. 155.

[22]) Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 230. 173.— Въ одной муниципальной грамотѣ 1301 года читаемъ: item si mercator vel viator transeat per villam Costae et emergat sibi aliquid questionis, volumus et praecipimus quod questio ipsius summarie et de pleno examinentur et matura iustica sibi fiat. Nouvelle Revue historique XIX, 1895, стр. 348. — Beaumanoir въ заботѣ о купцахъ говоритъ, что „les justices ne doivent pas ouvrer selon les délais que costume done à cix qui sont résident au païs". Отъ проволочки купцовъ, говоритъ Boaumanoir,

судахъ, доказываніе облегчается купеческими книгами, съ которыми въ общихъ судахъ конкуррируетъ вообще развивавшаяся письменность [23]). Здѣсь ограничиваются возраженія—exceptio non numeratae pecuniae, exceptio rei venditae non traditae, и т. д. [24]), которыя въ общемъ оборотѣ считались презумціей, требующей спеціальной отмѣны въ договорѣ.

Но общему городскому суду обязаны мы отмѣной такихъ доказательствъ, какъ поединокъ и судъ божій [25]).

Ярмарки не могли не содѣйствовать развитію документовъ съ оговоркой о платежѣ долга повсюду: „generaliter ubicunque locorum et fori pretium fuerit“, „in quacunque terra Sarracenorum tu vel nuntius tuus me inveneritis“, „si convenerit de iurisdictione omni iudicum et omni iure“ [26]).

Но что потребность въ документахъ съ исполнительной оговоркой могла существовать и независимо отъ ярмарокъ, доказательствомъ можетъ служить русская практика, правда, уже поздняго времени. „А мы по ней (записи) крѣпки во всякомъ государеве судѣ“, „гдѣ ся запись на меня подрядчика съ дѣтьми въ судѣ поляжетъ, тутъ по ней судъ безъотнимочно“, „волно меня взяти безъ пристава“ и т. д. [27]).

Въ связи съ исполнительнымъ процессомъ въ ярмарочныхъ и городскихъ судахъ вырабатываются правила на случай несостоятельности отвѣтчика, бѣгство котораго отъ строгихъ кредиторовъ было такъ обычно, что несостоятельныхъ вообще называли—fugitivi [28]).

„ne seroit pas le profit des signeurs ne du commun peuple. Coutumes de Beaunvoisis, éd. Beugnot, XXV, I tome, стр. 357. См. Goldschmidt. Universalgeschichte (1891), стр. 174.

[23]) См. примѣры у Beaumanoir'a éd. Beugnot. T. II, стр. 51, n° 22. На Руси акты добровольной юрисдикціи особенно развиваются по мѣрѣ приближенія къ временамъ Псковской Грамоты. О вліяніи торговли на развитіе письменныхъ доказательствъ здѣсь говорить, конечно, не приходится. Такъ, напр., внѣ всякаго вліянія торговаго оборота у насъ развито было книговодство въ крупныхъ монастырскихъ хозяйствахъ для записи выдаваемой крестьянамъ подмоги. Дьяконовъ. Очерки по исторіи сельскаго населенія. СПБ. 1895, стр. 115, 116.

[24]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 308, пр. 38.

[25]) Schröder. Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte (1898), стр. 756.

[26]) Goldschmidt. Universalgeschichte (1891), стр. 309.

[27]) Дьяконовъ. Очерки по исторіи сельскаго населенія (1895), стр. 97, пр. 3.

[28]) Schröder. Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte (1898), стр. 757. Шершеневичъ. Ученіе о несостоятельности. Казань 1890 (и нов. изд.) — историческое развитіе по отдѣльнымъ странамъ.

Straccha въ VII гл. (de conturbatoribus seu decoctoribus) даетъ уже болѣе или менѣе полное ученіе о несостоятельности. Онъ знаетъ три вида несостоятельности. Первый случай, когда имущество растрачено fortunae vitio, и когда виновниками являются слабые люди, genus hominum miserabile. Второй случай, когда несостоятельность наступаетъ suo vitio; субъектами являются здѣсь худшій родъ людей, не достойныхъ никакого сожалѣнія. Наконецъ, третій случай, когда кто-нибудь лишается своего имущества partim fortunae, partim suo vitio—это люди слабые (humiles) и тоже недостойные сожалѣнія (VII, § 2, стр. 290). Straccha предупреждаетъ (§ 3, стр. 290) не считать несостоятельными тѣхъ купцовъ, которые, побравъ много денегъ въ долгъ, убѣгутъ и выдадутъ себя за обанкрутившихся. Что касается послѣдствій несостоятельности, то Straccha, слѣдуетъ въ общемъ мнѣнію Baldus'a (§ 1, стр. 394), что несостоятельные подвергаются безчестію (infamia), за исключеніемъ, однако, несчастныхъ.

Любопытно, что съ постановленіями о бѣжавшихъ должникахъ мы встрѣчаемся довольно рано и въ источникахъ общаго права. Такъ по ст. 133 Русской Правды (Карамз.): „оже человѣкъ полгавъ куны оу людей, а побѣжить въ чюжоу землю, вѣры емоу не яти, какъ и татю". Этой статьей исключается дѣйствіе нормальнаго порядка, установленнаго на случай несостоятельности въ другихъ мѣстахъ русской Правды, и по своей систематизаціи случаевъ несостоятельности неуступающаго только что приведенному ученію итальянскаго юриста [29]). „Пагуба отъ Бога" (потопленіе товара, пожаръ, воинское разореніе)—освобождаетъ должника отъ отвѣтственности; а „оже ли пропиется или пробьется, а въ безумьи чюжь товаръ потравить"—тогда кредиторамъ предоставляется выборъ—„ждутъ-ли ему, продадутъ-ли его". Въ случаѣ-же злостного банкротства (ст. 133) несостоятельный приравнивается татю.

Что и въ этомъ памятникѣ общаго гражданскаго права несостоятельность нормируется прежде всего относительно купцовъ, легко объясняется ранней потребностью въ защитѣ третьихъ лицъ, оказывавшихъ купцамъ денежный кредитъ или довѣрявшимъ имъ свои товары.

---

[29]) Ст. 68, 69 Карамз. по изд. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Христоматія, в. I (1889), стр. 57—58.

Въ заключеніе остановимся еще на одномъ вопросѣ, въ которомъ торговое право несомнѣнно оказало большое вліяніе, и который тѣмъ не менѣе съ очевидностью показываетъ намъ на общность праворазвитія, не нарушаемую временнымъ ограниченіемъ дѣйствія того или иного принципа, лишь монополизированнаго кодексомъ спеціальнаго права. Мы имѣемъ въ виду защиту права собственности на движимость и точнѣе: ограниченіе этой защиты, считающееся обыкновенно спеціальнымъ торгово-правовымъ принципомъ.

Движимость—bonum, mercatorium, mercandisia [30]), животы, товаръ [31])—главный предметъ городского оборота и новаго городского права—usus, какъ то утверждаетъ пизанскій Constitutum usus 1161 г., предоставляющій нормированіе недвижимости leges и римскому праву [32]). Это рѣзкое противоположеніе двухъ категорій имуществъ по ихъ юридическимъ свойствамъ [33]), замѣтное — не говорю о римскомъ правѣ [34])—въ древнѣйшихъ формулахъ германскаго періода и въ древнѣйшей народной Правдѣ—Lex Salica [35]), повело за собой и ограниченіе виндикаціи движимости.

Уже въ виду этихъ историческихъ справокъ не представляется возможнымъ относить означенное ограниченіе на счетъ спеціально-торговаго праворазвитія [36]). Допущеніе виндикаціи движимости въ случаяхъ воровства, находки и вообще недобровольнаго лишенія вещи—указываетъ на руководившіе правомъ мотивы, болѣе широкіе, чѣмъ интересы торговли [37]). Шире торговыхъ были эти интересы и въ случаяхъ недопустимости виндикаціи вещей, даже и вышедшихъ изъ рукъ собствен-

---

[30]) Goldschmidt. Universalgeschichte (1891), стр. 130, прим. 118; 151, пр. 29.

[31]) Неволинъ. Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ (1857). Часть 2, стр. 13.

[32]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 130, прим. 118 и Lattes. Il diritto commerciale (1884), 77 и прим. 5.

[33]) Heusler. Institutionen des Deutschen Privatrechts. II B. Leipzig. 1886, стр. 3, 219. Stobbe. Handbuch des Deutschen Rechts II, 2, Berlin. 1896, стр. 86. — Schröder. Lehrbuch des Deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig. 1898, стр. 270.

[34]) Ср. Stobbe. Handbuch d. D. Rechts. II, 2 (1896), стр. 86.

[35]) Viollet. Histoire du droit civil français. Paris. 1893, стр. 616—617.

[36]) Ср. Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), 133 слл. Huvelin. Essai histoirique (1897), 457—458.

[37]) См. объ этомъ Jobbe-Duval. Etude historique sur la revendication des meubles en droit francais. Paris. 1881, стр. 238 слл. Stobbe. Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin. 1896. B. II, I, стр. 252 слл.

ника противъ его воли [38]), разъ только вещи пріобрѣтены были на рынкѣ [39]). Признанная еще варварскими Правдами, эта привилегія рынка закрѣпляется въ городскомъ правѣ, вполнѣ гарантирующемъ добросовѣстному покупщику обладаніе вещью и обезпечивающемъ покупщика отъ безчестія (nichil ex hoc deperiet in rebus suis aut honore— 1270 г.).

Но очевидно, что не особенныя свойства торговой покупки, не интересы одной только торговли обезпечивали добросовѣстнаго владѣльца, а публичность мѣста совершенія, гарантирующая добросовѣстность и противополагаемая совершенію сдѣлокъ тайно, не на народѣ (si vero intra domum tacite emerit) [40]). Совершенно опредѣленное указаніе на этотъ моментъ мы находимъ въ Statuta Niciae (XII в.) [41]): „кто покупаетъ какую-либо вещь публично и добросовѣстно (publice et bona fide), тотъ не обязанъ возвращать ее собственнику, если послѣдній не возмѣститъ покупщику покупную (pretium, quod in ea dederit) цѣну". Въ другихъ источникахъ [42]), рекомендуется покупка „въ присутствіи судей", „bailliois et aliis probis hominibus"—„на рынкѣ или ярмаркѣ въ присутствіи народа". Привилегія рынка, извѣстная древне-греческому и римскому правамъ [43]), признается также въ Русской Правдѣ и Псковской Грамотѣ [44]).

Привилегія покупки на открытомъ рынкѣ всегда предполагаетъ, конечно, bona fides, и можно считать очень рискованнымъ утвер-

---

[38]) Stobbe. Handbuch, B. II, 1 (1896). стр. 253 (возвратъ цѣны L. Burgund. 107, 8, дѣлежъ пополамъ—L. Wisig. VII, 2, 8, L. Baiw. IX, 7,—въ случаѣ, когда покупщикъ не можетъ указать лицо, отъ котораго вещь пріобрѣтена и др.—см. прим. 3,—„Habebit rem suam et reddet emptori tantum quantum dedit" по договору 1075 г. цит. по Huvelin. Essai historique sur le droit des marchés (1897), стр. 455

[39]) Stobbe. Handbuch d. d. Privatrechts, II, ч. I (1896), стр. 257, пр. 21.

[40]) Это не значитъ, конечно, что сдѣлки внѣ рынка считались (Huvelin. Essai historique 1897, стр. 457) ненормальными, едва терпимыми, даже недозволенными. Прикрѣпленіе купцовъ къ рынку было во многихъ отношеніяхъ желательно въ интересахъ полицейско-фискальныхъ, что и очевидно изъ цитируемыхъ авторомъ мѣстъ источниковъ. Но чтобы въ теченіе франкскаго періода и среднихъ вѣковъ только на рынкѣ было дозволено продавать движимость, этого изъ цитируемыхъ источниковъ не вытекаетъ, и потому не можетъ быть признано единственнымъ объясненіемъ исковъ demande de chose emblée и action de chose adirée. См. стр. 198.

[41]) Leges Municipales (Monumenta Historiae Patriae T. XVI), T. I, стр. 48.

[42]) Цит. у Huvelin. Essai historique (1897), 458—459.

[43]) Schulin. Lehrbuch der Geschichte des R. Rechtes. Stuttgart. 1889, стр. 379.

[44]) Русская Правда — Кар. ст. 33 (ср. 30), Псковск. Гр. ст. 46 и 56 по изд. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Христоматія. Вып. I (1889).

жденіе [45]), что соединяемое напр., у Bouteiller „en plein marché“ и „de bonne foy“ указываетъ будто на развитіе узкой идеи (пріобрѣтеніе на рынкѣ) до широкой концепціи (пріобрѣтеніе bona fide).

За исторіей вопроса, начинающейся послѣ рецепціи римскаго права, произведшаго задержку въ развитіи института добросовѣстнаго владѣнія [46]), можно и не слѣдить [47]). Но слѣдуетъ отмѣтить, что возстановленіе поколебленнаго принципа совершается въ общегражданскихъ судебной практикѣ и законодательствѣ, и именно во Франціи, гдѣ еще въ XIV—XV вв. правило „les meubles n'ont pas de suite“ [48]) не вполнѣ забыто, хотя даже и тамъ, гдѣ сохранилось, потерпѣло измѣненіе въ духѣ реципированныхъ идей, которыя нашли сильную поддержку въ теоріи. Съ XVI в.—послѣ редактированія coutumes'овъ, умалчивающихъ о древнемъ принципѣ, право собственности во Франціи пріобрѣло вполнѣ абстрактный характеръ и усвоило вещный искъ, который вчиняли независимо отъ способа потери владѣнія. Поворотъ къ старому порядку происходитъ уже въ XVIII вѣкѣ, когда съ полной силой сказались неудобства широкаго примѣненія виндикаціи. Судебная практика, ближе всего видѣвшая вредныя послѣдствія реципированнаго принципа для оборота, все болѣе и болѣе покровательствуетъ добросовѣстному владѣльцу.

Практика XVIII в. начинаетъ примѣнять снова правило (coutumes'овъ) о возмѣщеніи цѣны вещи, купленной на рынкѣ и отбираемой въ пользу собственника, причемъ съ продажей на рынкѣ уравнивается продажа вещи купцомъ. Жизненныя потребности мало-по-малу измѣнили и взгляды теоретиковъ-романистовъ. Въ результатѣ общей работы практики съ теоріей явилось извѣстное процессуальное правило французскаго права: „тотъ, кто владѣетъ движимыми вещами, считается (est réputé) собственникомъ; онъ не нуждается въ какомъ-либо иномъ титулѣ, кромѣ владѣнія“. Въ краткой редакціи

---

[45]) Huvelin. Essai historique (1897), 462 сл.

[46]) Stobbe. Handbuch des d. Privatsrechts. II, 1 (1896), стр. 262 сл. Подробную исторію борьбы двухъ принциповъ и возрожденіе германскаго начала въ art. 2279 и 2280 code civ. въ книгѣ Jobbe-Duval. Etude historique (1881). См. и „заключеніе“.

[47]) Колебанія партикулярныхъ законодательствъ — Stobbe. Handbuch d. D. Privatsrechts. II, ч. 1 (1896), стр. 257 259, 266—267.

[48]) Т. е. собственникъ можетъ требовать свою вещь только отъ непосредственнаго владѣльца, а отнюдь не отъ третьяго пріобрѣтателя, получившаго вещь отъ того, кому та была ввѣрена.

это правило гласитъ: „en fait de meubles possession vaut titre“ [49]) и входитъ въ содержаніе 2279 art. cod. civ.; вмѣстѣ съ соотвѣтствующимъ правиломъ австрійскаго уложенія оно послужило образцомъ для § 305 германскаго торговаго уложенія 1861 года [50]).

§ 7. Отдѣльныя обязательства.

Въ настоящемъ параграфѣ мы остановимся на нѣкоторыхъ сдѣлкахъ, обязанныхъ своимъ развитіемъ новому городскому обороту или—какъ думаютъ иные—средневѣковому торговому праву.

Одинаково съ предыдущимъ этотъ параграфъ долженъ намѣчать тотъ матеріалъ, на которомъ развивается и еще больше будетъ развиваться въ слѣдующемъ періодѣ идея самостоятельнаго торговаго права.

Знаменитый итальянскій юристъ Ioseph Laurentius de Casaregis (1670—1737), завершающій собой итальянскій періодъ и, какъ видимъ, довольно поздно подводящій итогъ средневѣковому праворазвитію, достаточно полно опредѣляетъ содержаніе торговаго права [1]).

Обширное сочиненіе Casaregis затрагиваетъ, какъ это видно и изъ заголовка, слѣдующіе вопросы торговаго и морского права.

Весьма подробно разрабатываются во многихъ discursus вопросы страхованія (assecuratio). Къ ученію о кораблѣ и возникающихъ по поводу его отношеній (navis), о платѣ за пользованіе кораблемъ (naula, naulizationis contractus)—примыкаетъ въ довольномъ количествѣ disc. разработанный вопросъ объ аваріяхъ (avaria seu contributio). Подъ рубрикой praedas et praedationes разсматриваются случаи дозволенной добычи по отношенію къ непріятельскому имуществу (merces inimicorum, bona inimicorum onerata in navi amica и т. п.). Излагается здѣсь и ученіе о societas, и вопросы несостоятельности (decoctio, decoctus), имѣющіе близкое отношеніе къ торговлѣ, потому что mercatorum negotia sunt magis periculosa, quia mercatores sunt semper in proximo statu decoquendi (Disc. 54 nº 28, т. I, стр. 172—173). Авторъ останавливается и на важнѣйшемъ средневѣковомъ до-

---

[49]) Jobbe-Duval. Etude historiqne sur la revendication (1881).

[50]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 149.

[1]) Casaregis. Discursus legales de commerciis. Venetiis. 1740 г.

говорѣ accomendas, съ которымъ мы будемъ имѣть случай ознакомиться ниже. Ко времени Casaregis достаточно развилось и ученіе о векселѣ—cambium, еще различаемомъ у нашего автора, какъ cambium nundinaria и cambium maritima, причемъ это ученіе уже осложнено вопросами о передачѣ (girata), которая является еще цессіей.

Таковы важнѣйшіе вопросы торговаго права, которыми далеко не исчерпывается обширное сочиненіе итальянскаго юриста. Авторъ не оставляетъ безъ вниманія значеніе aequitas въ купеческихъ обычаяхъ, какъ и др. общихъ вопросовъ, останавливается на сдѣлкахъ купли, займа, даренія, порученія, поручительства, отводя не мало мѣста и вопросамъ процессуальнаго права.

Уже изъ этого краткаго обзора видно, что разсужденія о торговлѣ выходятъ далеко за предѣлы матерій торговаго права. Но для нашей цѣли важно то, что Casaregis весьма полно намѣчаетъ содержаніе будущаго торговаго права и даетъ намъ указанія отдѣльныхъ сдѣлокъ, имѣющихъ войти въ будущія торговыя уложенія и заслуживающихъ того, чтобы мы сейчасъ-же отмѣтили ихъ.

Двѣ категоріи сдѣлокъ можно различать въ средневѣковомъ статутномъ правѣ—сдѣлки, извѣстныя античному праву, и сдѣлки, явившіяся продуктомъ новаго праворазвитія.

Что касается первыхъ, то средневѣковый оборотъ почти ничего не прибавилъ къ нимъ. Договоръ купли-продажи, не безъ основанія считающійся основнымъ въ торговомъ оборотѣ, скудно представленъ въ статутномъ правѣ, хотя и разсматривается здѣсь преимущественно, какъ сдѣлка торговая — negotiatio, mercantia. Статуты въ большинствѣ случаевъ совершенно не заняты установленіемъ юридическихъ отношеній между сторонами. Они даютъ лишь рядъ запрещеній и ограниченій продажи тѣхъ или иныхъ предметовъ и всегда обнаруживаютъ при этомъ тенденцію обезпечить монополію каждый за своимъ городомъ. Запрещается пріобрѣтеніе вещей краденыхъ, но покупка bona fide у купцовъ остается въ силѣ. Продажа въ кредитъ запрещается многими статутами (напр. Venez. 1263), въ другихъ ограничена формальностями (письменность) или представленіемъ гарантіи, или-же установленіемъ срока, на который можетъ быть отнесена уплата. Имѣются постановленія о traditio—дѣйствительной и символической—чрезъ наложеніе знака на товаръ. Статуты упоминаютъ и объ отвѣтственности за vitia проданной вещи,

но не даютъ опредѣленныхъ постановленій, касающихся послѣдствій. Наконецъ, въ отдѣлѣ о куплѣ-продажѣ статуты много занимаются мѣрами и вѣсами, запретами искусственно повышать цѣну и т. п. предметами, не относящимися непосредственно къ нашему договору [2]).

Мало заняты статуты и договоромъ займа [3]). Многіе статуты обходятъ его молчаніемъ, другіе только упоминаютъ о немъ, какъ сдѣлкѣ торговой. По статуту Венеціи mutuum считается торговымъ только тогда, когда онъ не впадаетъ въ лихвенную сдѣлку. Наиболѣе развитъ нашъ договоръ въ генуезскихъ грамотахъ [4]), по которымъ обыкновенно должникъ обѣщаетъ, въ случаѣ неисправности, заплатить вдвойнѣ и предоставляетъ кредитору забрать все его имущество; почти всегда должникъ обѣщаетъ платить per se vel per suum missum кредитору—vel nuncio. Должникъ обыкновенно отказывается отъ льготъ и привилегированныхъ возраженій—„legi Julie", „senatus consulto Vellejani", причемъ такой отказъ требуетъ согласія родственниковъ, а за отсутствіемъ таковыхъ—двухъ друзей. Такъ, напр., въ одной изъ грамотъ читаемъ: ego Giulia non habeo propinquos ianue et abrenuncio si inde me possent adjuvare et senatus consulto... а въ заключеніи: hoc presencia Rainerii Guardutoris et presbiteri Oberti Delerio. Иногда заемъ получаетъ рискованный характеръ, если должникъ обѣщаетъ возвратить занятое лишь въ случаѣ благопріятнаго исхода предпріятія, чаще всего въ случаѣ благополучнаго возвращенія корабля [5]).

Генуезскій заемъ развивался, несомнѣнно, подъ значительнымъ вліяніемъ торговли, но здѣсь можно припомнить, что именно въ Генуѣ неизвѣстно было противоположеніе торговаго права гражданскому.

Новое развитіе получаютъ кредитныя операціи въ банковой торговлѣ—въ итальянскихъ-же городахъ [6]). Здѣсь развивается иррегулярная поклажа (часто процентная), съ отмѣткой въ книгахъ и съ выдачей документовъ часто съ исполнительной силой (fedi di depo-

---

[2]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 139 сл.

[3]) Lattes. Il diritto commerciale (1884), стр. 151, пр. 2.

[4]) Monumenta Historiae Patriae. Chartae II, напр. n° CCLXV (1155), стр. 301, n° CCCXII (1156), стр. 330, n° DCVI (1158), стр. 492 и т. д. Lattes. Il diritto commerciale (1884) стр. 149.

[5]) Monumenta Historiae Patriae II, n° DCVI, подъ 1158 г., стр. 492.

[6]) Goldschmidt. Universalgeschichte (1891), стр. 317 слл.

sito, fedi di credito), платежи по порученію (promecto pagare come publico banqueri), переводы внутри банка (pagare in banco), переписки въ книгахъ и переводы на сторону посредствомъ чековъ (въ Венеціи—contadi di banco). Довольно рано практикуется открытіе кредита и сдѣлка текущаго счета („vadunt cum dominio ad compûtum longum" говорится о контокоррентныхъ отношеніяхъ между венеціанскими банкирами и государствомъ). Всегда важную роль въ банковской торговлѣ игралъ вексель, никогда не бывшій, впрочемъ, исключительнымъ достояніемъ банкировъ.

Нечего и говорить, что торговля и промышленность явились главнѣйшими факторами въ развитіи кредитныхъ операцій [7]), уясненію юридической природы каковыхъ много содѣйствовала путемъ детальнаго изученія mandatum, итальянская литература, примкнувшая, такимъ образомъ, къ средневѣковымъ романистамъ [8]).

Гдѣ-бы ни практиковались перечисленныя сдѣлки, игравшія, конечно, роль и въ торговлѣ, онѣ не содержатъ въ себѣ никакихъ спеціально-торговыхъ принциповъ. Отношеніе къ нимъ литературы о торговлѣ (de mercatura) ясно изъ отмѣченнаго стремленія авторовъ найти обоснованіе для сдѣлокъ у римскихъ юрисконультовъ. Что новый оборотъ давалъ иногда новую комбинацію элементамъ права, выясненнымъ античнымъ міромъ, авторы это знали и обозначили такія комбинаціи словомъ „vulgo" [9]).

Наиболѣе оригинальными, дальше отъ древняго права стоявшими, были своеобразныя средневѣковыя сдѣлки—commenda и морская ссуда—это два источника, изъ котораго были заимствованы элементы для ряда другихъ сдѣлокъ. Сдѣлки этой второй категоріи, съ одной стороны, нельзя считать совершенно новымъ изобрѣтеніемъ, не находящимся ни въ какой связи съ греко-римскимъ правомъ, но съ другой—онѣ являются настолько своеобразными комбинаціями, что можно считать ихъ по преимуществу продуктомъ новаго права и оборота.

---

[7]) Sclopis. Histoire de la législation italienne (1861. Paris), T. I, стр. 186—189. Ср. Germain. Histoire du commerce de Montpellier. T. II (1861), стр. 105; по приведенному уже утвержденію автора, юриспруденція, вырабатывавшая нормы кредитнаго права, жила въ атмосферѣ торговли и промышленности.

[8]) См. Straccha, tit. mandati, по цит. изд. стр. 146 сл.

[9]) О роли „вульгарнаго права" въ средніе вѣка см. Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 90 слл.

Остановимся прежде всего на commenda [10]). Въ большинствѣ случаевъ эта широко-практиковавшаяся и недостаточно опредѣленная сдѣлка предполагаетъ остающагося дома капиталиста (commendator, socius stans), который вручаетъ товаръ, деньги или корабль предпринимателю (tractator, portator, accomodatarius), ѣдущему съ довѣреннымъ имуществомъ за-море, а позднѣе и въ сухопутное путешествіе. Цѣль сдѣлки portare laboratum, т. е. дать капиталу возможность „работать". Сначала это одностороннее участіе въ предпріятіи капиталомъ; позднѣе вноситъ свою долю и предприниматель. Не входя въ детали, можно лишь сказать, что при односторонней commenda рискъ предпріятія лежитъ всецѣло на commendator'ѣ, при двустороннемъ на обоихъ участникахъ, причемъ tractator отвѣчаетъ за всякую вину. Позднѣйшее осложненіе заключается въ томъ, что на той и другой сторонѣ выступаетъ по нѣсколько лицъ, между которыми устанавливается солидарная отвѣтственность. Можно и не продолжать описанія commenda, такъ какъ изъ сказаннаго видно уже, что въ этомъ своемъ развитіи сдѣлка commenda положила основаніе товариществу, которое стало называться accomodita и рядомъ съ которымъ существовала и commenda въ первоначальномъ видѣ (германское скрытое товарищество).

Иногда выраженіе commenda и portare laboratum употреблялось и въ томъ случаѣ, гдѣ tractator безвозмездно или за плату исполнялъ порученіе commendator'a, пока изъ такого порученія не выработалась самостоятельная коммиссіонная сдѣлка.

Изъ другихъ товарищескихъ формъ, являющихся продуктомъ новаго оборота, довольно рано рядомъ съ commenda дѣйствуетъ полное товарищество (compagnia), исходнымъ моментомъ каковаго является не морская торговля и не торговля вообще, а индустрія (ремесло). И коренится этотъ видъ товарищества въ семейномъ общеніи имуществомъ, являясь довольно долго какъ societas fratrum. Очевидно, что въ выработкѣ этого товарищества роль новаго оборота была менѣе значительна, такъ какъ римскіе принципы легче всего было примѣнить къ этой формѣ товарищескаго соединенія.

Не больше того торговый оборотъ былъ причиной зарожденія и третьей основной формы т. н. торговыхъ товариществъ — акціонерной. Акціонерная форма предпріятій получила начало въ публичныхъ

---

[10]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891). стр. 255 сл.

займахъ итальянскихъ городовъ и общинъ. Цѣль этихъ займовъ было покрытіе военныхъ и промышленныхъ нуждъ; а участвовали въ нихъ иногда всѣ граждане, а также и иностранцы. Собиравшійся путемъ такихъ займовъ капиталъ (maona, massa) вписывался, вмѣстѣ съ именами кредиторовъ государства, въ государственную долговую книгу, здѣсь дѣлился на части (partes), явившіяся прообразомъ акцій [11]).

Дальнѣйшее развитіе акціонерныхъ товариществъ происходитъ въ промышленной сферѣ, конечно, подъ вліяніемъ развивавшейся торговли, хотя для самой торговли эта форма оказалась наименѣе пригодной [12]). Но въ виду уже извѣстнаго намъ расширенія понятія торговли и имѣющаго быть отмѣченнымъ взгляда на торговыя уложенія, какъ средство борьбы съ крахами и торговыми обманами (Франція), первыя законодательныя упоминанія объ анонимныхъ компаніяхъ находимъ въ Ordonnance 1673 г., а затѣмъ и во всѣхъ торговыхъ уложеніяхъ.

Въ числѣ сдѣлокъ, относимыхъ къ mercatura, мы встрѣчаемъ и вексель, считавшійся долгое время исключительнымъ достояніемъ торговаго оборота. Нечего и говорить, что своимъ развитіемъ этотъ институтъ обязанъ торговлѣ вообще и ярмаркамъ въ особенности. Но въ своей первоначальной формѣ—простого векселя [13]), облекавшагося въ форму chirographum, вексель служилъ потребностямъ широкаго оборота—по обмѣну монетъ и по займу [14]). Изъ сохранившихся (генуезскихъ) документовъ [15]) вполнѣ очевидна широкая функція первоначальнаго векселя. Уже во второй своей формѣ переводного векселя онъ обслуживалъ широкій кругъ лицъ, нуждавшихся въ обмѣнѣ

---

[11]) Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 291—292.

[12]) И. Т. Тарасовъ. Ученіе объ акціонерныхъ компаніяхъ. Изд. 2. Ярославль. 1879, стр. 15. Въ итальянскихъ городахъ товарищеское право получило тѣмъ бо̀льшее развитіе, чѣмъ больше торговля и промышленность привлекали къ себѣ не-торговые капиталы, которые вручались предпринимателю (debeo portare laboratum, accepi in commendacionem). Pertile. Storia del diritto Italiano. T. IV (1893), стр. 683, прим. 12 сл.

[13]) Послѣ изслѣдованій Goldschmidt'a. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), § 11, гл. X и Grünhut. Wechselrecht. I B. Leipzig. 1897 (Binding: Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. III. 2. 1) традиціонное ученіе, что первичной формой векселя является тратта, должно быть безусловно оставлено.

[14]) Grünhut. Wechselrecht (1897), стр. 24, пр. 9. Goldschmidt, стр. 412, связываетъ возникновеніе простого векселя съ заморской торговлей, но его мнѣніе не осталось безъ возраженія—см. у Grünhut, стр. 25, пр. 10.

[15]) Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 420 сл

монетъ, въ переводѣ денегъ и являлся весьма важнымъ орудіемъ въ рукахъ папскихъ сборщиковъ (collectores).

Но ярмарки болѣе всего нуждались въ векселѣ, многія основныя черты котораго здѣсь именно и выяснились. Очевидно, что въ своей вторичной переводной формѣ вексель долженъ былъ сдѣлаться монополіей банкировъ, campsores [16]), управлявшихъ денежнымъ оборотомъ. А принадлежностью campsores къ купеческимъ гильдіямъ легко объясняется то обстоятельство, что многочисленные статуты гильдій и городовъ вводятъ правила о векселяхъ, которыя дѣлаются затѣмъ предметомъ изученія Baldus'a, теологовъ (съ точки зрѣнія лихвенной теоріи), и, наконецъ, первыхъ коммерціалистовъ—Scaccia и Raphael de Turri [17]).

Исчисленнымъ матеріаломъ исчерпывается содержаніе частнаго городского права въ тѣсномъ смыслѣ слова, но далеко не исчерпывается содержаніе того торговаго права, съ которымъ встрѣтимся мы въ слѣдующемъ періодѣ.

Морское право, развитіе каковаго не пріурочивается къ городскому обороту, какъ по непримѣнимости къ обыденнымъ отношеніямъ, такъ и по присущему ему отъ природы космополитизму,—несомнѣнно было однимъ изъ важнѣйшихъ моментовъ въ развитіи идеи спеціальнаго торговаго права. Если въ попыткахъ монополизировать городское право въ качествѣ купеческаго нужно было пройти длинный путь отъ jus mercatorum къ jus mercaturae, то въ области морскихъ отношеній посредствующаго сословнаго звѣна не было. А раннее собираніе обычаевъ морской торговли, можетъ быть, больше, чѣмъ что-либо другое, поддерживало мысль о самостоятельности торговаго права.

По значенію для развитія идеи спеціальнаго торговаго права сборники морскихъ обычаевъ можно сопоставлять лишь съ итальянской литературой. Какъ эта послѣдняя сдѣлала первый опытъ систематизированія всѣхъ нормъ, относящихся къ торговлѣ, такъ морскіе сборники дали первый примѣръ кодифицированія правилъ торговли, хотя пока еще только морской. Можно даже думать, что сборники морского права въ значительной степени опредѣлили итальянскую литературу на самостоятельную разработку вопросовъ, связанныхъ съ

---

[16]) Grünhut. Wechselrecht (1897), стр. 36.

[17]) См. подр. у Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 462 слл., 464. Grünhut. Wechselrecht (1897), стр. 44 слл., 52.

mercatura: такъ много мѣста дается въ ихъ трактатахъ ученіямъ морского права.

Важнѣйшимъ по своему значенію сборникомъ морского права считаютъ Consulat de la mer, т. е. сборникъ правилъ, которыми руководились при разрѣшеніи конфликтовъ морскіе судьи (консулы). Одни относятъ происхожденіе этого сборника къ XV в., другіе (Pardessus)—къ XIII в. [18]), третьи даже къ XI в.; но еще въ XVIII вѣкѣ итальянскій юристъ Casaregis утверждаетъ, что Consulatus maris въ вопросахъ морского права, имѣющій въ качествѣ универсальнаго обычая силу закона, долженъ быть ненарушимо примѣняемъ у всѣхъ народовъ во всѣхъ государствахъ [19]). И это потому, что въ своихъ 252 главахъ [20]) сборникъ затрагиваетъ всѣ важнѣйшіе вопросы морского права [21]).

Собранные въ Consulatus maris славные морскіе обычаи (açi començen les bones costumes de la mar) въ первой (46) главѣ нормируютъ морскія правила (que son de fet de mar; по переводу Pardessus—aux négociations maritimes), касающіяся хозяина корабля (senyor de neau, patron), купцовъ, матросовъ и пассажировъ. За этой общей главой слѣдуетъ рядъ вопросовъ, содержаніе которыхъ можно намѣтить здѣсь лишь въ самыхъ общихъ чертахъ. Прежде всего сборникъ занятъ отношеніями, возникающими между хозяиномъ корабля и участниками въ кораблѣ—по постройкѣ и покупкѣ корабля. Затѣмъ регламентируются взаимоотношенія между судохозяиномъ и корабельнымъ персоналомъ (экипажъ). Договоры и обязательства по поводу перевозки груза занимаютъ особенно много мѣста по сравненію съ другими вопросами, по причинамъ вполнѣ понятнымъ. Здѣсь идетъ рѣчь объ обязанностяхъ хозяина относительно нагруженнаго товара, о перевозкѣ въ опредѣленный пунктъ, о причиненномъ вредѣ, о выбрасываніи груза въ море, о формальностяхъ, необходимыхъ на этотъ случай, о раскладкѣ убытковъ отъ выбрасыванія груза происшедшихъ, о ссудѣ хозяину, находящемуся въ нуждѣ, объ аварійномъ

---

[18]) Pardessus. Collection de lois maritimes. T. II. Paris. 1824, стр. 24 сл.

[19]) De Casaregis. Discursus legales de commercio. T. II. Venetiis. 1740 г., стр. 330, disc. CCXIII, n° 12.

[20]) О нумераціи манускриптовъ, гдѣ къ Consolat ошибочно присоединены другіе сборники, ничего общаго съ Consolat не имѣющіе—у Pardessus, ib. стр. 2.

[21]) Пользуюсь системой Campany, располагающаго весь матеріалъ въ XIV титулахъ.—Цит. у Pardessus, ib., стр. 43—45. Ср. указатель содержанія сборника, составленный Pardessus.

расчетѣ, о приходѣ въ портъ и т. д. Далѣе рядъ главъ посвящается правиламъ и отношеніямъ, возникающимъ при нагрузкѣ, выгрузкѣ кораблей и по поводу всевозможныхъ убытковъ, какіе могутъ случиться при этомъ. Уже извѣстной намъ сдѣлкой commenda занимается и Consulat de la mer: здѣсь разсматриваются широко практиковавшіеся въ эпоху Consulat случаи „comanda" корабля и денегъ [22]), предусматриваются послѣдствія гибели ввѣреннаго имущества. Затѣмъ идутъ правила для кораблей, останавливающихся на якорѣ въ портѣ. Дальше опредѣляются взаимныя отношенія между судохозяиномъ съ одной стороны, пассажирами—съ другой. Еще далѣе—отношенія, возникающія изъ поѣздокъ „караваномъ" (conservae), объ убыткахъ, причиняемыхъ пиратами, о взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ между хозяиномъ корабля и лицами, имѣющими въ кораблѣ свою долю. Наконецъ, можно отмѣтить въ содержаніи сборника двѣ главы (292 и 293), посвященныя договорамъ, именно о соблюденіи заключенныхъ договоровъ, о несоблюденіи по законнымъ основаніямъ. Послѣдняя изъ этихъ главъ (293) предусматриваетъ особенный случай, когда купецъ продаетъ товаръ, принимаемый покупщикомъ-купцомъ на вѣру и за хорошій, а впослѣдствіи, доставленный товаръ окажется дурнымъ или фальсифицированнымъ. Этому случаю противополагается другой, когда товаръ покупается по видимости, такимъ, каковъ есть. Нужно полагать, что Consulat de la mer вызванъ былъ на созданіе этихъ двухъ главъ въ виду часто возникавшихъ недоразумѣній при продажѣ товаровъ за море и всегда возможной порчѣ ихъ во время путешествія.

Другой также весьма распространенный сборникъ морского права, о которомъ здѣсь можно только упомянуть, носитъ названіе Jugements или Roles d'Oléron XIII в. Онъ имѣлъ силу на всемъ океанѣ, воспроизводился многими народами съ тѣми или иными модификаціями.

Наконецъ, третій сборникъ—Guidon de la mer XVI в. (1556—1584) [23]) представляетъ для насъ бо́льшій интересъ, потому что является одной изъ самыхъ раннихъ кодификацій страхового права, вошедшаго, что мы уже можемъ предполагать и по сочиненію Casaregis, какъ составная часть въ право торговое.

---

[22]) Pardessus. Collection de lois maritimes. T. II (1824), стр. 186, пр. 3.
[23]) Pardessus Collection de lois maritimes T. II (1824), стр 372.

Договоръ страхованія довольно ранняго происхожденія и получилъ свое развитіе преимущественно въ морской торговлѣ. Не вдаваясь въ историческія подробности, достаточно отмѣтить, что первая извѣстная форма страхованія—есть страхованіе взаимное, исключаемое, кстати сказать, изъ торговыхъ сдѣлокъ. Вторичной формой—считаютъ страхованіе за премію. Оба эти вида развиваются подъ взаимнымъ вліяніемъ съ прямымъ заимствованіемъ отдѣльныхъ элементовъ сдѣлки одного у другого. Встрѣчаясь въ формѣ братствъ по оружію, а также входя какъ существенный элементъ въ гильдейскую и цеховую организаціи, взаимное страхованіе весьма широко практикуется и въ морскихъ путешествіяхъ, связывая участниковъ морского путешествія (colonna), корабельщиковъ и грузоотправителей, взаимно страхующихся противъ опасности отъ пиратовъ, войны и т. п.

Что касается второй формы страхованія—за премію, то связь его съ морской перевозкой объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что въ первичной своей формѣ это страхованіе коренится въ морской ссудѣ, исполнявшей двѣ функціи: для дающаго—рискованное, но въ высшей степени выгодное помѣщеніе капитала, для берущаго—застрахованіе своего предпріятія на случай неудачнаго исхода путешествія. Въ случаѣ счастливаго конца путешествія (sana nave), капиталистъ получитъ обратно ссуженныя деньги съ большими процентами. Напротивъ того, при несчастномъ окончаніи предпріятія, капиталистъ лишается и денегъ, и выговоренныхъ процентовъ; то и другое исполняетъ въ такомъ случаѣ роль страховой суммы. Подобной сдѣлкѣ не достаетъ лишь распредѣленія убытковъ на многія предпріятія и преміи, какъ обязательнаго платежа—для того, чтобы приблизиться къ настоящему страхованію. Въ XIII, XIV, XV вѣкахъ страхованіе получаетъ окончательное развитіе [24]), доказательствомъ чего служитъ и Guidon de la mer, давшій главный матеріалъ редакторамъ французскаго ордоннанса 1681 г. [25]).

—

Таковы въ общихъ чертахъ матеріи полицейскаго и гражданскаго права, пріуроченныя еще въ итальянскомъ періодѣ къ mercatura и имѣющія войти въ торговыя уложенія слѣдующаго періода, къ изученію котораго мы сейчасъ перейдемъ.

---

[24]) Goldschmidt. Universalgeschichte d. Handelsrechts (1891), стр. 354 сл.
[25]) Lyon-Caen. Traité de droit commercial. T. I (1839), стр. 18.

ВТОРОЙ ПЕРІОДЪ.

Торговое право.

---

§ 1. Торговое право во Франціи.

Наивысшаго развитія идея самостоятельнаго торговаго права достигаетъ во французско-германскомъ періодѣ, обнимающемъ собою девятнадцатое столѣтіе. Вотъ почему эта эпоха по преимуществу названа періодомъ торговаго права, въ отличіе отъ jus mercotorum и даже jus mercaturae статутовъ и итальянскихъ коммерціалистовъ.

Второй періодъ въ развитіи идеи спеціальнаго торговаго права является выдающимся какъ по законодательнымъ работамъ, такъ и по блестящему развитію европейской литературы торговаго права. Этотъ періодъ стоитъ въ тѣсной связи съ предыдущимъ и въ то же время подготовляетъ своимъ крайнимъ развитіемъ совершающуюся на нашихъ глазахъ реакцію въ идеѣ самостоятельнаго торговаго права.

Статуты гильдій, морскіе сборники, особенно трактаты итальянскихъ юристовъ de marcatura, тѣмъ болѣе облегчали задачу новѣйшаго времени, что попытались, и не безъ успѣха, сосредоточить накопленный вѣками матеріалъ около объективнаго понятія mercatura. Задача второго періода,—руководящее значеніе въ коемъ получаетъ законодательство и литература, оттѣсняющія на второй планъ торговый обычай,—задача этого періода заключается въ дальнѣйшемъ

объективированіи jus mercaturae, въ постепенномъ и настойчивомъ очищеніи его отъ публичныхъ элементовъ. Во второмъ періодѣ о торговомъ правѣ говорится лишь какъ о частноправовой системѣ, внѣ которой стоятъ нормы публичнаго права торговли. Однако не нужно думать, что это частное торговое право вполнѣ очистилось отъ публичныхъ элементовъ. Эти элементы не чужды до извѣстной степени и до сихъ поръ торговому праву—французскому и русскому.

Наиболѣе рѣшительное очищеніе отъ нихъ самостоятельнаго торговаго права произошло лишь въ Германіи, гдѣ институты съ публичнымъ характеромъ получаютъ весьма опредѣленную частноправовую организацію.

Въ виду сказаннаго, французское и германское торговое право можно было бы поставить въ хронологическую связь между собой въ томъ смыслѣ, что французское право могло бы быть отнесено къ первому періоду смѣшаннаго частно-публичнаго jus mercaturae, въ отличіе отъ каковаго германское законодательство даетъ систему вполнѣ частно-правовую. Но этому мѣшаютъ слѣдующія два обстоятельства.

Во-первыхъ, германское право въ своемъ крайнемъ развитіи идеи спеціальнаго торговаго права исходитъ изъ принциповъ, заимствованныхъ отъ Франціи, хотя и не получившихъ въ этой послѣдней детальнаго развитія.

А—во вторыхъ—французское право, не смотря на рѣшительное очищеніе германскаго торговаго права отъ публичныхъ элементовъ, и до сихъ поръ остается съ прежнимъ смѣшаннымъ характеромъ, находя для того и нѣкоторую поддержку въ литературѣ. Эти то обстоятельства заставляютъ насъ признать въ двухъ законодательствахъ двѣ самостоятельныя системы, объединенныя, однако, одной тенденціей объективированія торговаго права въ общемъ ученіи о торговыхъ дѣйствіяхъ.

И мы разсмотримъ отдѣльно краткую исторію торговаго права Франціи и Германіи. Причемъ оговоримся впередъ, что для настоящаго періода будемъ заниматься большею частію лишь моментами внѣшней исторіи, въ виду того, что съ намѣченнымъ еще въ прошломъ періодѣ матеріаломъ торговаго права будемъ имѣть дѣло въ третьемъ—послѣднемъ періодѣ.

Съ переходомъ торговой гегемоніи отъ Италіи къ Франціи, эта послѣдняя беретъ въ свои руки и дальнѣйшее развитіе торговаго права, съ тѣмъ важнѣйшимъ отличіемъ отъ предыдущаго періода, что на мѣсто кутюмовъ и мѣстныхъ статутовъ выступаютъ королевскіе ордоннансы. Важнѣйшіе между этими ордоннансами изданы были при Людовикѣ XIV—одинъ въ 1673 г. Odronnance du commerce, другой—въ 1681 г.—Ordonnance de la marine. По полнотѣ своей это настоящіе кодексы, имѣющіе тѣмъ бо́льшее историческое значеніе, что они легли въ основаніе французскаго Code de commerce, а за нимъ и всѣхъ другихъ, созданныхъ по французскому образцу, торговыхъ уложеній. Что же за мотивы руководили авторами ордоннанса 1673 года [1]), которыхъ открывается французское торговое законодательство?

Въ предисловіи къ ордоннансу [2]) мы находимъ такой отвѣтъ на поставленный вопросъ: „Въ виду того, что торговля есть источникъ народнаго богатства и благосостоянія отдѣльныхъ лицъ, въ продолженіи многихъ лѣтъ мы прилагаемъ заботы къ процвѣтанію ея въ нашемъ королевствѣ. Прежде всего мы учредили между подданными не мало компаній, при помощи которыхъ они эксплоатируютъ въ настоящее время весьма отдаленныя страны, съ коими имѣли сношеніе до сихъ поръ только при посредствѣ другихъ народовъ. Далѣе мы озаботились сооруженіемъ и вооруженіемъ значительнаго числа кораблей ради преуспѣянія навигаціи и съ цѣлью воспользоваться силой оружія для обезпеченія ея безопасности. Увѣнчанныя полнымъ успѣхомъ, какого можно было ожидать, эти начинанія заставляютъ насъ пещись о ихъ прочности—путемъ установленія правилъ, пригодныхъ для того, чтобы обезпечить между негоціантами добросовѣстность—противъ обмановъ, предупредить препятствія, которыя—какъ судебная волокита—отвлекаютъ ихъ отъ занятія и поглощаютъ все то, что они пріобрѣтаютъ“.

---

[1]) Изъ предшествовавшихъ ордоннансовъ наибольшее значеніе имѣлъ ордоннансъ 1563 г., введшій торговый судъ (въ Парижѣ) и опредѣлившій его компетенціи „pour le bien public et abreviation de tous frais et differends entre marchands qui doivent négocier ensemble de bonne foy, sans être adstraints aux subtilitez des lois et ordonnances“.—Lyon-Caen. Traité de droit commercial. 2 éd. T. I (1889), стр. 19; въ пр. 2 совершенно правильно названъ первымъ кодексомъ торговаго права ордоннансъ 1673 г.

[2]) Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'a la révolution de 1789 par Isambert, Decrusy, Taillandier. T. XIX. Paris. 1829, стр. 92 сл.

Это введеніе намѣчаетъ общее направленіе, котораго будутъ держаться и впредь французскіе законодатели. Регламентація и контроль торговли будутъ организованы здѣсь много совершеннѣе и гораздо болѣе на юридическихъ началахъ, чѣмъ въ итальянскую эпоху, но несомнѣнно, что по основной задачѣ торговое право нашего періода близко къ итальянскому. И если бы ордоннансъ 1673 г. не стоялъ въ тѣснѣйшей связи съ Code de commerce, то его безъ труда можно было бы отнести къ предшествующей эпохѣ въ развитіи торговаго права.

Однако уже и въ ордоннансѣ мы находимъ кое-что новое какъ въ систематизаціи матеріала, такъ и въ той частно-правовой конструкціи, которая этому матеріалу придается.

Такимъ образомъ, можно сказать, что задачи остаются прежнія и даже получаютъ наибольшую опредѣленность, а средства осуществленія нѣсколько измѣняются, въ чемъ мы и убѣдимся при ближайшемъ разсмотрѣніи ордоннанса 1673 г.

Первые два титула Ordonnance du commerce, посвященные купцамъ, купеческимъ ученикамъ и маклерамъ, для насъ не представляютъ особаго интереса. Купеческимъ книгамъ, корреспонденціи и инвентарю, едва-едва намѣченнымъ въ статутахъ, здѣсь отводится самостоятельный titre Ш, состоящій изъ десяти статей. Бо́льшая часть этихъ статей занимается, правда, внѣшней формой книгъ и порядкомъ ихъ веденія. Но законодатель не упускаетъ указать здѣсь, во-первыхъ, обязательное содержаніе купеческихъ книгъ и, во-вторыхъ, случаи обязательнаго представленія книгъ и корреспонденціи въ судъ (art. 9 и 10). Купеческія книги должны отражать въ себѣ всю торговлю, всѣ векселя купца, его активъ и пассивъ и расходы на домашнее хозяйство (art. 1). Особый реестръ долженъ содержать въ себѣ указанія всѣхъ полученныхъ и отправленныхъ корреспонденцій (art. 7). Въ инвентарь обязательно вносится все движимое и недвижимое имущество, долги и требованія (art. 8).

Публичность торговли въ смыслѣ отмѣтки фактовъ признается такимъ образомъ въ широкихъ размѣрахъ, и законодатель, несомнѣнно, видитъ въ этомъ одно изъ лучшихъ средствъ обезпеченія общественнаго интереса (d'assurer parmi les négocians la bonne foi contre la fraude). Не столь широко осуществляется эта публичность въ моментѣ обязательнаго представленія книгъ, реестровъ и инвентарей (при томъ только) въ судъ, такъ какъ лишь въ трехъ случаяхъ мо-

гутъ быть потребованы означенные документы: при открытіи наслѣдства, при общности имущества (communauté) и при прекращеніи товарищества по случаю несостоятельности (art. 9). Въ другихъ случаяхъ можетъ быть потребована лишь выписка мѣста, относящагося къ спору (art. 10).

Посвященный товариществамъ titre IV имѣетъ особенно важное значеніе по развитію идеи регистраціи, преслѣдующей одинаковыя цѣли съ купеческими книгами, но неправильно пріуроченной къ однимъ только товариществамъ. Регистраціи въ судѣ подлежитъ выписка изъ товарищескаго договора (art. 2) и всякія измѣненія, происходящія въ товариществѣ (art. 4).

Какія же юридическія послѣдствія связываются съ регистраціей? Общій принципъ на этотъ случай выраженъ уже въ art. 2 (но см. и art. 4, 6), въ силу котораго обязанность регистраціи и публикаціи санкціонируется ничтожностью актовъ и договоровъ, будутъ ли они заключены между товарищами, или съ ихъ кредиторами.

Всѣ эти постановленія о купеческихъ книгахъ и регистраціи будутъ дѣйствовать во Франціи, почему и заслуживаютъ вниманія. Законодатель видитъ въ этихъ институтахъ средство обезпеченія la bonne foi contre la fraude, но онъ видитъ въ нихъ и особое средство доказыванія (tit IV art. 1, tit. III art. 1),—чѣмъ, очевидно, не выходитъ за предѣлы публичнаго права; но самое главное, онъ ставитъ въ зависимость (отъ регистраціи) обязательность сдѣлки для третьихъ лицъ и (относительно книгъ) допускаетъ частную иниціативу въ опубликованіи свѣдѣній, или, что то же, въ раскрытіи тайны купеческихъ книгъ. Случайно или нѣтъ, но только за частной иниціативой поставлено требованіе ex officio: la représentation ou communication ne pourra être requise ni ordonnée en justice, sinon и т. д. (tit. III art. 9).

Слѣдующій titre V ордоннанса занятъ векселями (art. 1—33), а titre VI запрещеніемъ включенія процентовъ въ вексельную сумму, а равно и процентовъ на проценты подъ какими бы то ни было предлогами и т. п. Вопросы, связанные съ институтомъ векселя (lettre de change), по справедливости считаются наиболѣе разработанными въ ордоннансѣ 1673 г., но для нашихъ цѣлей они могутъ быть оставлены безъ детальнаго разсмотрѣнія.

Titre VII занятъ личнымъ задержаніемъ, tit. VIII раздѣломъ имущества, tit. IX т. н. défenses générales и lettres de répit, tit. X—передачей купеческаго имущества (des cessions de biens).

Предпослѣдній титулъ посвященъ ученію о несостоятельности (tit. XI), содержащее рядъ нормъ матеріальнаго права, каковы, напр., правила о ничтожности сдѣлокъ (art 4, art. 8), о сохраненіи нѣкоторыхъ вещныхъ привилегій и т. д.

Обширный заключительный титулъ ордоннанса занятъ торговымъ процессомъ (de la juridiction des consuls). Онъ выдѣленъ въ особый отдѣлъ, но далеко не обособленъ отъ общаго торгового права.

Мы видѣли, что въ предыдущемъ періодѣ компетенція торговыхъ судовъ, а затѣмъ и купеческихъ обычаевъ (consuetudines mercatorum) опредѣлялась по общему правилу сословными признаками—принадлежностью лица къ гильдіи, записью его въ гильдейскіе матрикулы. Но съ другой стороны мы видѣли попытку отдѣльныхъ статутовъ объективировать понятіе „торговыхъ дѣлъ“ (Handelssache). Въ такихъ статутахъ, каковъ въ особенности пармскій 1255 г., понятіе торговыхъ дѣлъ отграничивается отъ всякихъ другихъ правоотношеній, но оно еще остается въ полной зависимости отъ понятія купца, опредѣляемаго, правда, уже моментомъ профессіи (Straccha), а не одной только матрикуляціей. Ордоннансъ 1673 г. имѣетъ дѣло такъ же съ купцомъ (négocians et marchands), но, не ограничиваясь указаніемъ на спекуляцію (afin de revendre ou de travailler de leur profession—art. 4 tit. XII), впервые перечисляетъ рядъ сдѣлокъ, подсудныхъ торговому суду и, очевидно, входящихъ въ компетенцію торговаго права.

Торговые судьи разбираютъ всякіе вексельные споры, за исключеніемъ возникающихъ между не-купцами (art. 2, art. 3). Судьи вѣдаютъ и дѣла о покупкахъ, совершаемыхъ купцами и ремесленниками, съ цѣлью перепродажи или въ видахъ своего промысла (art. 4). Торговымъ же судьямъ принадлежатъ споры по поводу вознагражденія коммисіонеровъ, факторовъ, лицъ, находящихся въ услуженіи купца въ интересахъ его промысла (art. 5). Къ компетенціи торговыхъ судей относятся споры о страхованіи и по всякимъ дѣламъ, связаннымъ съ морской торговлей вообще, съ наймомъ кораблей—въ частности (art. 7).

Покупка предметовъ для домашняго употребленія (art. 6), продажа произведеній сельскаго хозяйства (какъ и у Straccha) исключаются изъ торговой подсудности, съ той, однако, оговоркой, что споры о продажѣ продуктовъ добывающей промышленности—купцамъ, занимающимся профессіональной перепродажей, подпадаютъ подъ торговую юрисдикцію (art. 10).

Какъ въ этомъ перечнѣ дѣлъ торговой подсудности, такъ и въ очищеніи jus mercaturae отъ общихъ ученій гражданскаго и римскаго права, идея спеціальнаго торговаго права получила новое обоснованіе, хотя законодатель и не занятъ ею нисколько.

Задачи контроля и надзора являются единственной цѣлью какъ при сочиненіи ордоннанса 1673, такъ и въ 1681 году, когда изданъ былъ Ordonnance de la marine [3]), считающійся лучшимъ изъ всѣхъ, появившихся при людовикѣ XIV. Мы не будемъ останавливаться на богатомъ содержаніи этого ордоннанса, въ значительной части дѣйствующаго еще и до сихъ поръ во Франціи и Россіи. Отмѣтимъ лишь предисловіе къ нему. „Мы вѣримъ, говорится тамъ между прочимъ: что для обезпеченія благополучія нашихъ подданныхъ не остается ничего, какъ озаботиться о ихъ благосостояніи облегченіемъ и распространеніемъ торговли, являющейся важнѣйшимъ источникомъ счастья народовъ". Отсюда—забота о хорошихъ законахъ и судьяхъ, о благоустройствѣ портовъ и хорошей полиціи. Торговля представляется законодателю средствомъ къ благополучію, такъ или иначе организуемымъ властью въ интересахъ общаго блага.

Съ этой темой мы встрѣчаемся и въ французскихъ законодательныхъ работахъ начала текущаго столѣтія. Въ общихъ обширныхъ законодательныхъ реформахъ указаннаго времени Code civil сначала имѣлъ затронуть всѣ матеріи на подобіе Дигестъ Юстиніана. Такова была идея перваго консула, которая однако не получила поддержки и, спустя три мѣсяца послѣ составленія проекта гражданскаго уложенія, учреждена была особая коммисія (30 апрѣля 1801) для редактированія проекта торговаго уложенія. Но выработанный проектъ долгое время не получалъ движенія—торговаго кодекса далеко не ожидали съ тѣмъ же нетерпѣніемъ, съ какимъ ждали появленія Code civil.

А между тѣмъ разразился рядъ финансовыхъ кризисовъ (особенно 1806), скандальныхъ банкротствъ, разорявшихъ тысячи семействъ. Наполеонъ потребовалъ возстановленія порядка и указывалъ на неудовлетворительное законодательство, какъ на причину финансовыхъ неустройствъ. Другіе думали, что зло не въ законахъ, а въ нравахъ (quid leges sine moribus vanae proficiunt). Но Напо-

---

[3]) Recueil général des anciennes lois françaises, par Isambert etc. T. XIX (1825), стр. 282 сл.

леонъ настаивалъ особенно на необходимости пересмотра законовъ о несостоятельности, а когда ему указали, что законы эти входятъ какъ часть въ проектъ торговаго уложенія, онъ потребовалъ разсмотрѣнія этого проекта безъ всякаго замедленія. Поэтому не безъ основанія докладчикъ III книги проекта M. Cretet замѣтилъ, что „необходимость установленія новыхъ законовъ о несостоятельности является, быть можетъ, главнымъ мотивомъ редактированія Code de commerce“ [4]).

Таковы были мотивы, изъ которыхъ исходили при сочиненіи французскаго торговаго уложенія. Но это была лишь одна сторона дѣла. Другая же и важнѣйшая заключалась въ томъ, что подъ вліяніемъ нѣкоторыхъ историческихъ условій французскій законодатель впервые явился болѣе или менѣе сознательнымъ носителемъ идеи спеціальнаго торговаго права. Эти историческія условія—ничто иное, какъ борьба противъ сословій и корпорацій, начавшаяся въ XVIII в. и завершившаяся въ области, интересующей насъ, изданіемъ Code de commerce. Союзная организація, доставшаяся по наслѣдству отъ среднихъ вѣковъ вмѣстѣ съ монополіями и привилегіями, стѣснила въ конецъ торговлю и промышленность [5]) и получила полное осужденіе въ эдиктѣ Turgot: édit portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers (февраль 1776 года), провозгласившемъ новый принципъ, имѣющій оказать громадное вліяніе на развитіе идеи спеціальнаго торговаго права. Въ art. 1 эдикта 1776 г. читаемъ: „да будетъ позволено всѣмъ, безъ различія сословія и состоянія (подданнымъ) и иностранцамъ предпринимать и вести въ нашемъ государствѣ какого угодно рода торговлю, заниматься ремесломъ и промысломъ, какія понравятся, и дозволяется даже соединять нѣсколько“. Насколько неугоденъ былъ этотъ актъ массѣ заинтересованныхъ лицъ, видно изъ того, что уже въ августѣ 1776 г., съ выходомъ Тюрго въ отставку, явился новый эдиктъ, возстановившій шесть купеческихъ корпорацій и сорокъ четыре ремесленныхъ цеха. Въ виду такого, хотя и частнаго возстановленія прежняго порядка, а равно и потому, что самый эдиктъ Тюрго не отмѣнилъ всѣхъ привилегій и корпорацій, революціонное законодательство вторично обратилось къ нашему предмету. Сначала въ резолюціяхъ, вотированныхъ 4 августа 1789 г., затѣмъ

---

[4]) Locré. La législation civile, commerciale et criminelle de la France. T. I (1827), стр. 126 слл.

[5]) См. Lyon-Caen. Traité de droit commercial. 2 éd. T. I (1889), стр. 23 слл.

уже окончательно въ законѣ 2 марта 1791 г.—уничтожены были всякія привилегіи и провозглашена свобода торговли „Отнынѣ всякій свободенъ заниматься торговлей или промысломъ, какія найдетъ для себя подходящими“ (art. 7 зак. 1791 г.) [6]).

Борьба, направленная противъ сословности, корпорацій и привилегій, должна была поколебать старинный принципъ опредѣленія торговой подсудности и компетенціи понятіемъ купца. Это понятіе, видѣли мы, давно уже стремилось отрѣшиться отъ сословности, чтобы остаться въ зависимости лишь отъ спекуляціи и профессіи (Straccha). Но самое понятіе профессіи оставалось невыясненнымъ и во всякомъ случаѣ de facto не порывало связи съ сословностью. Подобное положеніе дѣлъ не могло оставаться въ виду столь рѣшительной борьбы французскаго законодателя со всѣмъ, что напоминало старый сословный порядокъ.

Прежній признакъ „купца“ при опредѣленіи компетенціи торговаго права долженъ быть или замѣненъ, или, по крайней мѣрѣ, восполненъ какимъ либо другимъ. Если каждый можетъ заниматься торговлей, то значитъ и наоборотъ: извѣстныя дѣйствія будутъ покрываться понятіемъ торговли или даже просто будутъ торговыми, кто бы ихъ не совершилъ.

Любопытно отмѣтить, что, предпринявъ борьбу противъ сословнаго элемента въ торговомъ правѣ, французскій законодатель отнюдь не сходитъ съ прежней процессуальной точки зрѣнія, хотя она то именно больше всего напоминаетъ о гильдейскихъ корпораціяхъ и привилегіяхъ и она то именно больше всего придавала сословный оттѣнокъ торговому праву. Въ проектѣ Code de commerce, представленномъ въ Conseil d'Etat, перечисленіе actes de commerce составляло сначала содержаніе art. 2, но всѣ ораторы Conseil d'Etat высказались противъ этого артикула, требуя перемѣщенія его въ отдѣлъ о торговой подсудности [7]). Въ глазахъ французскаго законодателя торговля имѣетъ четыре различныхъ стороны, которыя смѣшивать нельзя. А именно законъ нормируетъ торговлю съ точки зрѣнія: 1) административной, 2) полицейской, 3) финансовой, 4) наконецъ, съ точки зрѣнія обязательствъ и торговыхъ споровъ (исковъ) (sous le

---

[6]) Lyon-Caen. Traité de droit commercial. 2 éd. T. I (1889), стр. 30.

[7]) Locré. La législation civile, commerciale et criminelle de la France. T. XVII. (1829), стр. 114—124.

rapport de ses engagements et des contestations qu'ils peuvent faire naitre). Вотъ этой то послѣдней гражданско-процессуальной стороной торговли и занятъ Code de commerce [8]). Она же требуетъ отъ законодателя и точнаго опредѣленія сферы дѣйствія тѣхъ нормъ, какія—вообще говоря—регулируютъ не только споры между купцами, но и споры, относящіяся къ торговымъ дѣйствіямъ между всѣми—entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce [9]).

Actes de commerce —понятіе новое, имѣющее внести поправку въ понятіе купца и главное дополнить это послѣднее. Acte de commerce—одинъ изъ важнѣйшихъ моментовъ въ исторіи идеи торговаго права. Разъ существуютъ какія-то особыя торговыя дѣйствія, значитъ должны существовать и особыя торговыя нормы. Понятіемъ торговыхъ дѣйствій отграничивается спеціальная сфера торговаго права, не имѣющаго примѣненія тамъ, гдѣ нѣтъ торговыхъ дѣйствій.

Какія же дѣйствія нужно считать торговыми? Очевидно, что въ понятіи купца мы не найдемъ отвѣта на этотъ вопросъ, такъ какъ самое это понятіе должно быть теперь—съ отмѣной сословности производнымъ отъ торговыхъ дѣйствій. Законодатель долженъ дать совершенно опредѣленный перечень торговыхъ дѣйствій, каковой мы и находимъ въ 632 art. Code de commerce: всякая покупка продуктовъ и товаровъ съ цѣлью дальнѣйшаго ихъ отчужденія (отдачи въ наемъ) въ томъ же видѣ или послѣ переработки; всякое предпріятіе (entreprise) фабричное, коммисіонное, транспортное; всякое предпріятіе поставки, публичной продажи, публичныхъ спектаклей; всякое предпріятіе мѣнялъ, банкировъ и маклеровъ; всякія операціи публичныхъ банковъ; всякія обязательства между купцами и банкирами; между всякими лицами вексельныя отношенія. По art. 633 законъ причисляетъ къ торговымъ дѣйствіямъ—всякое предпріятіе по постройкѣ, покупкѣ, продажѣ судовъ и т. д. По art. 634 торговому суду подсудны иски противъ приказчиковъ, комми и т. д. Наконецъ, по art. 635—всѣ дѣла о несостоятельности. Для нашей цѣли нѣтъ надобности исчерпывающимъ образомъ излагать содержаніе этихъ и др. артиклей.

Что же это за торговыя дѣйствія и принадлежатъ ли они всѣ къ одной категоріи? Недостаточная ясность закона (art. 631) повела

---

[8]) Locré. La législation, t. XVII (1829), стр. 13.

[9]) Les codes français, collationnés sur les textes officiels, contennant la conférence des articles entre eux et sous chaque article les textes tant anciens que nouveaux par Tripier et Monnier. Paris. 1898, ст. 631 сл. Code de comm.

было къ установленію по Code de commerce системы торговыхъ дѣйствій, возвращавшей къ сословному торговому праву. Болѣе ранняя литература различала подсудность торговымъ судамъ какъ реальную (titre d'engagement) и какъ личную. Въ первомъ отношеніи шла рѣчь о „торговыхъ дѣйствіяхъ", т. е. о пріобрѣтеніи съ цѣлью дальнѣйшаго отчужденія (споръ по поводу acte de commerce). Во второмъ— будто бы устанавливалась личная подсудность (споръ между купцами).

Это толкованіе, однако, мало соотвѣтствовало теченіямъ, какія предшествовали изданію кодекса и, какъ подмѣчено было позднѣйшими комментаторами [10]), противорѣчило закону. Art. 631 Code de commerce, при опредѣленіи подсудности и компетенціи торговаго права, исходитъ изъ понятія торговой сдѣлки, опредѣляетъ ли подсудность споровъ между купцами, или—что уже само собой разумѣется— между частными лицами [11]).

Но, признавши за исходный пунктъ въ построеніи системы понятіе торговаго дѣйствія, французскій законодатель сдѣлалъ и еще одинъ шагъ, ведшій къ окончательному объективированію торговаго права. А именно оказалось, что среди торговыхъ сдѣлокъ существуютъ такія, которымъ по преимуществу присущъ торговый характеръ, которыя объявляются поэтому торговыми, совершенно независимо отъ того, кто ихъ совершаетъ и въ какой обстановкѣ: купецъ или некупецъ, единично, случайно или въ профессіи. Это сдѣлки объективныя. Онѣ то и открывали по преимуществу путь къ участію въ торговлѣ и къ пользованію торговымъ правомъ и судомъ всякому, кто пожелаетъ, безъ различія сословія, званія и положенія. Ни принадлежности къ купеческому состоянію, ни профессіи здѣсь не требуется. Французскій законодатель знаетъ, впрочемъ, лишь одну такую сдѣлку: покупку съ цѣлью дальнѣйшаго отчужденія.

Вызванный посторонними для торговаго права причинами этотъ новый принципъ объективныхъ сдѣлокъ и новая система торговыхъ

---

[10]) Alauzet. Commentaire du code du commerce et de la législation commerciale. 2 éd. T. V. Paris. 1868, стр. 428. Тамъ и судебная практика.

[11]) Art. 631: 1) des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; 2) entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. Vincens. Exposition raisonnée de la législation commerciale (Ed. publiée en 1821). T. I. Paris. 1834, стр. 142: „sous le rapport de la compétence personelle, les commerçans sont ceux qui font profession habituelle des actes de commerce".

дѣйствій, субъективно-объективная, не получила развитія въ Code de commerce. И въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго, такъ какъ одновременно съ Code de commerce во Франціи создавался и Code civil. Порой сознательно, иногда незамѣтно для себя редакторы торговаго кодекса то отсылаютъ къ Code civil (Code de comm. art 18), то буквально повторяютъ постановленія перваго (art. 5—code de com.=art. 221 cod. c., art. 566=art. 1266; cod. de com. lev III, ch. XI, tit. II=cod. de proc. 2 p. liv. I, tit. XII), то просто ссылаются на статьи Code civil (art. 2, 6, 18, 65, 92, 95, 643, cod. de com.) [12]). Въ литературѣ, появившейся вслѣдъ за кодексомъ, нѣкоторые жаловались на то, что торговое право недостаточно отграничено отъ гражданскаго (Fréméry) или прямо отрицали какое либо соотношеніе между двумя областями (Delamare et Lepoitvin).

Утвердившееся въ практикѣ правило, что торговое право есть исключеніе изъ гражданскаго, сторонники идеи спеціальнаго права относили на счетъ судебной практики (1820), неправильно толковавшей будто бы смыслъ закона. Но что дата такого правила въ дѣйствительности должна быть пріурочена къ эпохѣ составленія кодекса, доказательствомъ тому служитъ Locré, котораго по справедливости можно считать эхомъ Conseil d'Etat, и который не однократно называетъ торговое право—исключеніемъ изъ общаго гражданскаго. При обсужденіи торговаго уложенія въ государственномъ совѣтѣ расположеніе къ Code civil доходило до того, что докладчикъ Bérenger нашелъ себя вынужденнымъ воскликнуть: „но Code de commerce былъ бы не нуженъ совсѣмъ, если бы не допускать исключеній изъ общаго законодательства въ пользу торговли“ [13]).

Интересно отмѣтить, что уже въ ранней литературѣ мы встрѣчаемъ горячую защиту близости двухъ областей права, и проводилась мысль, что одни законы должны нормировать договоры гражданскіе и торговые: что хорошо для однихъ, должно быть хорошо и для другихъ; прогрессъ и цивилизація привели къ раздѣленію, а новый прогрессъ долженъ создать единство въ правѣ [14]).

Такимъ образомъ, попытки рѣшительнаго объективированія понятія торговаго дѣйствія, логически приводившія къ рѣзкому обо-

---

[12]) Vincens. Exposition raisonnée de la législation commerciale. T. I (1834), xii.

[13]) Locré. La législation, t. XVII, стр. 145.

[14]) Alauzet. Commentaire du code de commerce. 2 éd. T. I (1868), стр. 12 сл. стр. 22.

соблепію торговаго права отъ гражданскаго,—не оправдывались намѣреніями самого законодателя, обнаружившимися при установленіи взаимоотношенія между двумя кодексами. И—какъ видимъ—эти попытки не встрѣтили единодушнаго признанія со стороны литературы. Еще меньше оправдывались они самымъ содержаніемъ Code de commerce. Съ этой стороны можно сказать, что французскіе законодатели 1807 г., вырабатывая систему торговыхъ дѣйствій, создали форму, для которой Code de commerce не даетъ содержанія. Если мы обратимся къ самому краткому обозрѣнію содержанія Code de commerce, то прежде всего замѣтимъ его близость къ ордоннансамъ [15]), съ которыми онъ долженъ былъ бы порвать всякую связь, въ виду новыхъ принциповъ, на которыхъ построена была система торговыхъ дѣйствій.

Code de commerce распадается на четыре книги: I о торговлѣ вообще, II о морской торговлѣ, III о несостоятельности и банкротствѣ, IV о торговой юрисдикціи [16]). Содержаніе первой книги, наиболѣе интересной для насъ, въ немногихъ словахъ, было таково. Tit. I—о купцахъ, tit. II—о купеческихъ книгахъ, tit. III—о товариществахъ, tit. IV—о раздѣлѣ имуществъ, tit. V—о биржахъ и маклерахъ, tit. VI—о коммисіонерахъ, tit. VII—о покупкѣ-продажѣ, tit. VIII—о векселяхъ, бумагахъ по приказу и давности.

Если отбросить семь статей, посвященныхъ въ Code de commerce 1807 г. коммисіонерамъ, и одну—куплѣ-продажѣ, относящуюся къ тому же къ ученію о доказательствахъ, то совпаденіе содержанія Code съ таковымъ же ордоннанса 1673 г. станетъ вполнѣ очевиднымъ. Параллельная разработка двухъ кодексовъ дѣлала излишнимъ помѣщеніе въ Code de commerce правилъ для сдѣлокъ и обязательствъ, входившихъ въ Code civil.

Подводя итоги первой половинѣ нашего періода, половинѣ французской, мы должны сказать, что французское законодательство, сдѣлавшее попытку освобожденія торговаго права отъ сословныхъ и вообще публичныхъ элементовъ и въ этихъ видахъ создавшее субъективно-объективную систему торговыхъ дѣйствій, теоретически вполнѣ

---

[15]) Это утверждалъ и Chaptal, министръ внутреннихъ дѣлъ при представленіи проекта правительству 4 декабря 1801 г.—Locré. La législation, t. XVII (1829), стр. 6.

[16]) Locré. La législation. T. XVII (1829), стр. 23—24.

укрѣпило идею самостоятельнаго торговаго права. Но de facto эта идея оказалась не наполненной соотвѣтственнымъ (частноправовымъ) содержаніемъ и, подкрѣпленная новой системой торговыхъ дѣйствій, осталась съ прежнимъ матеріаломъ, задачи котораго d'assurer la bonne foi contre la fraude, и который по одному этому мало соотвѣтствовалъ новой системѣ.

Въ этомъ полусознательно сказались мудрость и закодателя, и литературы, въ противномъ случаѣ рисковавшихъ довести идею торговаго права до пункта, послѣ котораго началась бы реакція. Новѣйшая литература, подпавшая въ значительной степени подъ вліяніе германскаго права и теоріи, проявила склонность къ возможно полному обособленію торговаго права отъ гражданскаго. Развитая германскими законодателемъ и наукой французская же система торговыхъ дѣйствій пользуется полнымъ признаніемъ у современныхъ писателей [17]). Считать ли торговое право личнымъ или реальнымъ? — спрашиваетъ одинъ авторъ. Оно будетъ личнымъ, если примѣняется къ лицамъ, занимающимся торговлей, какъ профессіей. Оно будетъ реальнымъ или объективнымъ, если примѣняется независимо отъ профессіи къ извѣстнаго рода сдѣлкамъ. Хотя бы такія сдѣлки оказались случайно совершонными и некупцомъ, онѣ подойдутъ подъ торговое законодательство. Code de commerce держится этой второй системы: торговое право примѣняется къ каждому, будь то купецъ или не-купецъ, въ зависимости лишь отъ природы сдѣлки (напр., покупки съ цѣлью перепродажи). Таково мнѣніе парижскаго профессора M. Thaller'a, который обвиняетъ законодателя, что онъ остановился на полъ-дорогѣ въ системѣ торговыхъ дѣвствій [18]) и тѣмъ самымъ выражаетъ свое сочувствіе германской теоріи торговаго права, какъ системы объективной и исключительно частно-правовой. Но наиболѣе чуткіе французскіе авторы хорошо понимали и понимаютъ причину публичной окраски французскаго торговаго права. Они [19]) выражаютъ свой взглядъ на этотъ вопросъ широкимъ построеніемъ системы торговаго праза, во главѣ котораго ставятъ институты публичнаго торговаго права, профес-

---

[17]) Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. 2 éd. T. I. Paris. 1889, стр. 85.

[18]) Thaller. Traité élémentaire de droit commercial. Paris. 1898, стр. 6—7.

[19]) Vincens. Exposition raisonnée de la législation commerciale. T I (1834), préface и t. I.

сіональные въ частности. Или—какъ дѣлаютъ новѣйшіе писатели, они прямо указываютъ на публичный элементъ въ правѣ, не отрѣшаясь отъ него и при изученіи отдѣльныхъ институтовъ [20]).

Не объ очищеніи торговаго права отъ публичныхъ элементовъ должна быть рѣчь: рѣзкаго разграниченія между публичнымъ и частнымъ правомъ достичь не возможно и не желательно. Рѣчь можетъ идти лишь о реорганизаціи нѣкоторыхъ институтовъ профессіональной экономической дѣятельности, о приданіи имъ наиболѣе отчетливой частноправовой конструкціи. Но французское право, особенностью котораго надо считать сохраненіе публичныхъ элементовъ въ т. н. торговомъ правѣ, не задалось этой реорганизаціей и передало ее Германіи.

---

§ 2. Торговое право въ Германіи.

Идея самостоятельнаго торговаго права достигаетъ полнаго развитія въ Германіи, къ которой со второй половины истекающаго столѣтія переходитъ руководящая законодательная роль. Датой начала германскаго вліянія нужно считать Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 1861.

До этого періода нѣмецкія государства и города пережили тѣ же стадіи развитія, какія пережили Италія и Франція: съ одной стороны—развитіе городского частнаго права, съ другой—сословную организацію купечества. Прусское земское уложеніе 1794 г. въ tit. VIII [1]) является, можетъ быть, самымъ типичнымъ представителемъ сословнаго торговаго права.

Восьмой титулъ посвященъ городскому сословію и городскому (полицейско-промышленному, ср. § 25) праву вообще, къ которому примыкаетъ и право купцовъ (§ 475 слл.). Весьма обширная по количеству статей, эта первая крупная нѣмецкая кодификація не богаче своимъ содержаніемъ кодификацій французскихъ, и потому можетъ быть оставлена безъ детальнаго разсмотрѣнія.

Такимъ образомъ, въ нѣмецкихъ странахъ дѣйствовали различные источники, усложнявшіе торговый оборотъ и уже къ половинѣ

---

[20]) Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. 2 éd. T. I (1889). Особ. стр. 5. Выясняемая идея получила свое достаточное выраженіе въ самомъ авторскомъ союзѣ двухъ знаменитыхъ французскихъ ученыхъ.

[1]) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, von Schering. III B. Berlin. 1869, стр. 275 сл., 309 слл.

истекающаго столѣтія переставшіе удовлетворять сложным потребности развитой германской торговли.

Но, что самое главное—къ половинѣ вѣка въ Германіи съ особенной силой возрождается національное сознаніе, съ которымъ такъ мало мирилось господство чужеземныхъ источниковъ и которое искало для себя наиболѣе удобной, безспорной, индефферентной почвы. Торговое право, не затрагивающее ни религіозныхъ, ни политическихъ, ни семейныхъ условій жизни отдѣльныхъ нѣмецкихъ государствъ, представлялось всего болѣе пригоднымъ для первыхъ опытовъ національнаго германскаго объединенія. Что Общегерманское торговое уложеніе больше всего служило этимъ національнымъ цѣлямъ, о томъ свидѣтельствуетъ самый компетентный историкъ и юристъ Goldschmidt, который лишь много позднѣе, когда дѣло національнаго объединенія уже завершится, не будетъ отмѣчать этой стороны въ исторіи германскаго торговаго права и въ другомъ будетъ искать причины его развитія.

Общегерманское торговое уложеніе 1861, говоритъ названный ученый [2]), есть первый актъ національнаго единенія въ правѣ со времени появленія устава уголовнаго судопроизводства Карла V, исходный пунктъ и зерно новаго законодательства въ области частнаго права и правопорядка Имперіи,—совершеннѣйшее зеркало господствующихъ въ современномъ имущественномъ оборотѣ правовыхъ идей.

Нужно ли указывать, что задачи національнаго объединенія являлись постороннимъ обстоятельствомъ для идеи самостоятельнаго торговаго права, а между тѣмъ они оказали тѣмъ большее вліяніе на ея развитіе, чѣмъ энергичнѣе проявлялось національное возрожденіе и чѣмъ легче было посредствомъ развитія этой идеи возвращать обороту „національные“ принципы, подавленные различными чужеземными вліяніями. Какъ во Франціи эта идея разработана была для чуждыхъ ей цѣлей борьбы со старымъ сословнымъ режимомъ, такъ и въ Германіи она развивается въ постороннихъ для нея интересахъ національнаго объединенія. Таково сходство, но есть и крупная разница въ условіяхъ развитія нашей идеи въ той и другой странѣ.

Во Франціи торговое право служило одной общей цѣли съ правомъ гражданскимъ, какъ и уголовнымъ. Поэтому то, развиваясь ря-

[2]) Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 63–64. Ср. стр. 60: иные мотивы руководили при созданіи Обще-германскаго вексельнаго устава 1848 г.

домъ и параллельно съ реформой гражданскаго права, идея самостоятельнаго и объективнаго торговаго права осталась формой безъ содержанія. Напротивъ того—въ Германіи торговое право, служа цѣли національнаго объединенія, преслѣдовало еще и другую весьма важную цѣль—возрожденія „національныхъ“ принциповъ гражданскаго права, подавленныхъ чужеземнымъ римскимъ вліяніемъ, или—если говорить прямо—возрожденіе справедливыхъ, соотвѣтствующихъ новому обороту принциповъ, подавленныхъ средневѣковой схоластикой.

Не въ средніе вѣка явился антагонизмъ между римскимъ и гражданскимъ или торговымъ правомъ: все это такъ легко и удобно примирялось и въ статутахъ, и у итальянскихъ писателей. Онъ почувствовался впервые въ новой Германіи, развитой экономическій оборотъ которой болѣе не укладывался въ рамки дѣйствовавшаго гражданскаго (римскаго) права. Но установленіе справедливыхъ и отвѣчающихъ потребностямъ оборота принциповъ было слишкомъ сильной реакціей противъ существовавшаго уклада, слишкомъ рѣшительно затрагивало присущій юриспруденціи консерватизмъ. Отсюда—явилась потребность въ прикрытіи этихъ принциповъ національнымъ возрожденіемъ. Хотя, въ дѣйствительности, они столько же принадлежали германцамъ, сколько вообще всѣмъ новымъ народамъ, явившимся на смѣну античному міру. Во всякомъ случаѣ національное движеніе было весьма кстати и для экономическаго оборота, не находившаго отвѣта въ романизированномъ гражданскомъ правѣ.

Изъ того же консерватизма проистекало и другое обстоятельство: установленіе новыхъ принциповъ частнаго права не могло претендовать на всю сферу гражданскаго оборота. Отчасти—потому, что реформа всего гражданскаго права встрѣчала отпоръ въ партикуляризмахъ, каковые не уступали и предъ національнымъ возрожденіемъ. Реформа всего гражданскаго права затрагивала слишкомъ важныя темы, чтобы отдѣльныя нѣмецкія государства пришли къ единодушному трактованію ихъ. Вопросы землевладѣнія и семейные не могли быть поставлены на очередь, если не хотѣли погубить всего дѣла объединенія.

Надо было поискать наиболѣе индеферентныя правовыя сферы—и на нихъ направить національно-объединительныя стремленія. Понятно, почему безъ всякаго труда можно было создать общегерманскій вексельный уставъ. Понятно далѣе и то, что отношенія по движи-

мости и обязательственное право, принадлежащія къ наиболѣе космополитическимъ сферамъ, легче всего допускаютъ мысль о правовомъ единеніи между государствами.

И такъ могла быть произведена лишь частичная кодификація частнаго права. Знаменитое французское уложеніе, хорошо знакомое и нѣмецкимъ государствамъ, освобождало отъ труда—придумывать форму, подъ которой можно было бы произвести такую частичную кодификацію. Отмѣченными обстоятельствами легко объясняется разница въ содержаніи торговаго права французскаго и германскаго: выработанная Франціей и переданная Германіи идея объективнаго торговаго права только въ Германіи получила матеріальное содержаніе.

Остановимся на важнѣйшихъ моментахъ исторіи германскаго торговаго уложенія[3]). Какъ только стремленія нѣмецкаго народа къ объединенію увѣнчались успѣхомъ,—реализовавшись въ національномъ собраніи и временномъ центральномъ органѣ, въ октябрѣ 1848 г. во Франкфуртѣ созывается коммиссія (Grimm, Broicher, Thöl, Widenmann) для выработки проекта общегерманскаго торговаго уложенія[4]). Авторы перваго проекта, повидимому, не успѣли вполнѣ выяснить свои задачи и рѣшили ихъ слишкомъ просто. Они, не желая создавать новаго, хотѣли лишь ввести въ законодательную норму то, что уже живетъ въ правосознаніи торговаго класса, и очистить торговое право отъ такихъ правилъ гражданскаго права, которыя покоятся на основаніяхъ, чуждыхъ торговлѣ. Въ результатѣ работы коммиссіи является проектъ, система котораго находится подъ нескрываемымъ вліяніемъ французскаго уложенія. Tit. 1 о купцахъ и торговыхъ сдѣлкахъ (14 статей). Tit. 2 о формѣ договоровъ и о средствахъ доказательства въ торговыхъ дѣлахъ—вообще, о купеческихъ книгахъ въ особенности (18 статей). Tit. 3 о торговыхъ товариществахъ (112 статей). Tit. 4 о биржахъ и маклерахъ (24 статьи). Tit. 5 о коммисіонерѣ, спедитерѣ и перевозчикѣ (54 статьи). Титулы „о покупкѣ“ и „о мандатѣ“ появились при переработкѣ проекта. Этотъ проектъ остался безъ движенія. А когда въ 1853 г., на десятой таможенной конференціи, вновь поднялся вопросъ о торговомъ уложеніи, то возникли принципіальныя несогласія. Въ то время, какъ

---

[3]) Историческія данныя заимствую у Goldschmidt'a. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 84 сл.

[4]) Съ исключеніемъ правъ вексельнаго и морскаго.

представители отъ Пруссіи высказывались за общее торговое уложеніе, вюртембергскіе уполномоченные желали предварительнаго установленія общихъ принциповъ обязательственнаго права, а представители отъ герцогства Гессенскаго находили возможнымъ приспособить для нуждъ торговли общее договорное право, во всякомъ случаѣ высказываясь за дальнѣйшее развитіе торговаго права самостоятельнымъ путемъ. Въ общемъ конференція склонялась къ выработкѣ общаго уложенія, сочиненіе проекта каковаго и поручила прусскому правительству.

Этотъ проектъ пришлось представить уже въ нюрембергскую конференцію 1857 г., созванную по иниціативѣ баварскаго правительства, куда внесенъ былъ и другой—австрійскій проектъ, наиболѣе краткій и все еще близко стоящій къ французскому уложенію. Разрабатывавшійся съ 1850 г. и законченный въ 1856 г. проектъ прусскаго правительства, особенно горячо настаивавшаго на общемъ торговомъ уложеніи, распадается на пять книгъ и на 1126 параграфовъ—съ такимъ содержаніемъ: I книга о торговомъ состояніи, II кн. о торговыхъ сдѣлкахъ (§ 219—422), III кн. о морской торговлѣ, IV кн. о купеческомъ конкурсѣ, V кн. о торговомъ судѣ.

Проектъ выдвигаетъ новую рубрику—о торговыхъ сдѣлкахъ, которой не знаетъ еще и австрійскій проектъ. Проектъ воспринимаетъ многія постановленія гражданскаго права, иногда измѣняя ихъ, о нѣкоторыхъ упоминаетъ и во вводномъ законѣ. Въ качествѣ источниковъ авторы проекта называютъ научную литературу, мнѣнія купечества, уложеніе французское и голландское.

Переработанный еще разъ въ коммиссіи, собравшейся въ Берлинѣ, проектъ, былъ представленъ въ нюренбергскую конференцію уже въ такомъ видѣ: I книга—о торговомъ состояніи. II кн. о торговыхъ товариществахъ,—обѣ съ большими или меньшими деталями. Но интереснѣе для насъ III кн. о торговыхъ сдѣлкахъ: 1 тит. о торговыхъ сдѣлкахъ вообще, 2 тит. о куплѣ, 3 тит. о купеческой коммисіи, 4 тит. о спедиціонной сдѣлкѣ, 5 тит. о фрахтовомъ договорѣ, 6 тит. о страхованіи, 7 тит. объ отдѣльныхъ видахъ страхованія. IV кн. о морской торговлѣ, V кн. о купеческомъ конкурсѣ, VI кн. о торговомъ процессѣ.

При докладѣ этого проекта подчеркнуто было то обстоятельство, что онъ составленъ въ видахъ практическихъ потребностей, засвидѣтельствованныхъ свѣдущими торговыми людьми. Для насъ любопытно

отмѣтить, что въ ученіи о торговыхъ сдѣлкахъ какъ въ общей части, такъ и въ особенной, эти потребности сказались, повидимому, замѣтно сильнѣе въ настоящемъ проектѣ по сравненію съ предыдущими. Идея пересмотра общаго обязательственнаго права реализовалась въ этомъ именно отдѣлѣ будущаго торговаго уложенія.

Мы не будемъ слѣдить за измѣненіями, какія потерпѣлъ проектъ при двухъ чтеніяхъ его въ конференціи, какъ не остановимся и на разсмотрѣніи морского права въ конференціи, продолжавшей свои засѣданія уже въ Гамбургѣ. Результаты ученой критики, замѣчаній отдѣльныхъ правительствъ и третьяго чтенія мы находимъ уже въ Обще-германскомъ торговомъ уложеніи, которое—можно теперь же замѣтить—не содержитъ въ себѣ всего матеріала прусскаго проекта. Проектъ, вообще говоря, обнялъ собой всѣ институты торговаго права, за исключеніемъ однако вексельнаго, страхового, конкурснаго и процессуальнаго, права перевозки по внутреннимъ водамъ.

Противъ включенія въ торговое уложеніе страхованія высказались еще при первомъ чтеніи проекта, когда предлагалось особо нормировать лишь морское страхованіе и другіе случаи страхованія при перевозкѣ. И мотивировалось такое ограниченіе тѣмъ, что не всѣ виды страхованій, даже если они связаны съ уплатой преміи, должны считаться торговыми сдѣлками. Объединить всѣ столь разнообразные виды въ общихъ правилахъ, значитъ дать предписанія не исполнимыя и задержать дальнѣйшее развитіе института. При третьемъ чтеніи къ этому присоединили соображеніе, что во всякомъ случаѣ нормированіе страхованія потребуетъ собранія матеріала, какимъ законодатель въ данную минуту не обладаетъ. Что касается конкурснаго и процессуальнаго права, занимающаго, видѣли мы, важное мѣсто въ Code de commerce, то прусскій проектъ не соотвѣтствовалъ процессуальнымъ законодательствамъ другихъ нѣмецкихъ государствъ, и вообще высказано было пожеланіе общаго пересмотра процессуальныхъ законовъ для всей Германіи. Что касается въ частности конкурснаго права, то примѣръ Code de commerce на этотъ разъ не представлялся рѣшающимъ по той причинѣ, что во Франціи конкурсное право примѣняется исключительно къ купцамъ, чего нѣтъ въ нѣмецкихъ государствахъ. Отчасти по тѣмъ же соображеніямъ не вошло въ уложеніе и право перевозки по внутреннимъ водамъ.

Вводныя три статьи уложенія содержатъ указаніе источниковъ торговаго права, отношеніе уложенія къ вексельному уставу и объ-

являютъ, что постановленія уложенія, въ которыхъ упоминается о торговомъ судѣ, примѣняются къ общимъ судамъ тамъ, гдѣ нѣтъ торговыхъ судовъ.

Все это новости по сравненію съ Code de commerce, совершенно не занимающимся порядкомъ примѣненія нормъ и не знающимъ дѣйствія торговаго права въ не-торговыхъ судахъ. Потребность въ опредѣленіи порядка примѣненія нормъ торгового уложенія, торговыхъ обычаевъ и гражданскаго уложенія (Art. 1), изъ коихъ первые два идутъ впереди третьяго,—могла возникнуть только тогда, когда рѣзко раздѣлились двѣ области отношеній и права: гражданскаго и торговаго, какъ правъ—общаго и спеціальнаго. Именно потому гражданскій законъ уступаетъ торговому закону и обычаю, что въ основаніи послѣднихъ лежатъ особенности торговаго оборота, торговыхъ правоотношеній.

Что касается выдѣленія торговаго процесса изъ торговаго уложенія и установленной возможности примѣненія нормъ уложенія въ общихъ судахъ (art. 3), то и это обстоятельство имѣетъ тоже весьма важное значеніе для идеи самостоятельнаго торговаго права. Ранѣе уже было указано, что процессуальный элементъ торговаго права больше всего связываетъ это послѣднее съ сословностью. А здѣсь можно прибавить, что примѣненіе торговаго закона и въ общемъ судѣ требуется, очевидно, присущими торговымъ нормамъ особенностями, сопровождающими извѣстное отношеніе повсюду—до гражданскаго суда включительно.

Первая книга германскаго уложенія занимается торговымъ состояніемъ, подъ каковую рубрику подходятъ ученія о купцахъ, о торговомъ реестрѣ, о торговыхъ фирмахъ, о торговыхъ книгахъ, о прокуристахъ и торговыхъ уполномоченныхъ, о торговыхъ помощникахъ и о маклерахъ. Вторая и третья книги посвящены торговымъ товариществамъ. Четвертая книга, состоящая изъ 161 ст.ст., нормируетъ торговыя сдѣлки, и на ней мы остановимся нѣсколько подробнѣе, упомянувъ лишь о пятой книгѣ—о морской торговлѣ, подъ каковую рубрику подведены—фрахтовой договоръ, бодмерея, страхованіе, аварія. Уже изъ этого краткаго обзора содержанія можно заключить о иныхъ принципахъ германскаго уложенія по сравненію съ Code de commerce. Мы видѣли, изъ какихъ мотивовъ исходили авторы проекта германскаго уложенія. Кодификація обязательственнаго права—являлась основной задачей, которая лишь по необходимости могла и

должна была осложняться вопросами необязательственнаго права. Французское уложеніе подало Германіи мысль объ особомъ обязательственномъ правѣ торговли, каковую мысль самъ Code de commerce лишь намѣтилъ въ системѣ торговыхъ дѣйствій и въ нормированіи купли-продажи. Потребности германскаго оборота совершенно соотвѣтствовали французской идеѣ, не получившей развитія у себя дома по той простой причинѣ, что реализацію этой идеи взялъ на себя Code civil. Въ Германіи въ срединѣ нашего столѣтія гражданское право не меньше, чѣмъ во Франціи начала того же столѣтія, нуждалось въ пересмотрѣ, реформѣ и кодификаціи. Но политическія условія разрозненной Германіи дѣлали преждевременнымъ составленіе общаго гражданскаго уложенія.

Общая потребность въ кодифицированіи обязательственнаго права, о которой постоянно говорили при выработкѣ проектовъ торговаго уложенія, могла быть лишь отчасти удовлетворена—для той сферы отношеній, которую привыкли выдѣлять, обособлять, считать—стоящей внѣ всякихъ вопросовъ національныхъ, партикулярныхъ, сословныхъ, не замѣчая при этомъ, что къ торговому праву пріурочивались свойства всего обязательственнаго права.

Но разъ мысль объ особомъ торговомъ правѣ утвердилась, она требовала прежде всего отграниченія сферы дѣйствія торговаго права. И это требованіе такъ легко было исполнить по примѣру, уже данному французскимъ законодателемъ. То, что тамъ возникло въ борьбѣ съ сословностью, здѣсь было нужно для отграниченія области, гдѣ позволено установленіе цѣлесообразныхъ и справедливыхъ принциповъ,—отъ другой сферы, гдѣ партикуляризмы и консерватизмъ не допускали реформъ, по крайней мѣрѣ, до поры до времени. Система торговыхъ дѣйствій, намѣченная въ Code de commerce, какъ система объективно-субъективная, безъ поправки въ принципахъ воспринимается германскимъ законодателемъ и получаетъ у него нѣкоторое развитіе.

Число объективныхъ сдѣлокъ здѣсь значительно увеличивается. Французская сдѣлка покупки съ цѣлью перепродажи обобщается въ германскомъ уложеніи—до „покупки или пріобрѣтенія какимъ либо способомъ для дальнѣйшаго отчужденія“. А къ этой сдѣлкѣ примыкаютъ далѣе: принятіе на себя поставки, принятіе на себя страхованія за премію, принятіе на себя перевозки моремъ грузовъ или пассажировъ и выдача бодмерейной ссуды. Таковъ довольно широкій

кругъ сдѣлокъ, считающихся въ германскомъ уложеніи торговыми по самой своей природѣ, независимо отъ того, кто совершаетъ ихъ (купецъ или не-купецъ) и какъ совершаетъ ихъ (профессіонально или случайно).

Здѣсь кстати будетъ отмѣтить—во избѣжаніе недоразумѣній—что французская литература, усвоившая германскую теорію абсолютныхъ и относительныхъ торговыхъ сдѣлокъ, понимаетъ эти термины не такъ, какъ усвоены они въ Германіи [5]). Вообще говоря, подъ первыми разумѣются французскими писателями тѣ сдѣлки, какія принято называть въ Германіи основными, а подъ вторыми—акцессорныя. Т. о. въ первую категорію попадаетъ какъ объективная сдѣлка покупки съ цѣлью отчужденія, такъ и всѣ субъективныя (entreprise) art. 632, 633, а во вторую—сдѣлки art. 634 и т. н. презумтивныя art. 638 ч. 2.

Почему же названныя нѣсколько раньше сдѣлки германскимъ уложеніемъ объявляются объективными? Мотивы представляются тѣмъ болѣе интересными для насъ, что эта категорія сдѣлокъ является важнѣйшимъ основаніемъ для идеи спеціальнаго торговаго права, нормирующаго спеціальныя торговыя отношенія. А если бы мы стали исходить изъ готовой идеи самостоятельнаго права, то означенныя сдѣлки явились бы важнѣйшимъ выводомъ изъ такой апріорной идеи.

Объективный характеръ сдѣлки пріобрѣтенія, помимо объекта пріобрѣтенія, опредѣляется намѣреніемъ дальнѣйшаго отчужденія. И если признать, что объектъ въ данномъ случаѣ принципіальнаго значенія имѣть не можетъ, а съ другой стороны—пріобрѣтеніе съ цѣлью домашняго потребленія не создаетъ понятія торговой сдѣлки,—то придется видѣть въ этомъ намѣреніи важнѣйшій признакъ первой объективной сдѣлки. Въ мотивахъ къ прусскому проекту [6]) говорится: „само собой разумѣется, что это намѣреніе должно быть очевидно при заключеніи сдѣлки, чтобы она получила значеніе торговой“. При обсужденіи проекта много разъ проводилось воззрѣніе, что спекулятивныя намѣренія покупщика легко могутъ быть усмотрены и изъ свойствъ предмета пріобрѣтенія, и изъ обстановки. При выясненіи вопроса о спекулятивныхъ намѣреніяхъ пріобрѣтателя большинство

---

[5]) Ср. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. I (1889), 85 сл. Thaller. Traité élémentaire de droit commercial (1898), стр. 9.

[6]) Goldschmidt. Handbuch d. Handelsrechts (1875), стр. 562, пр. 44.

высказалось противъ упоминанія о нихъ въ законѣ, такъ какъ эти намѣренія предполагаются сами собой [7]). Общее впечатлѣніе мотивировки первой объективной сдѣлки, какъ при обсужденіи ея въ законодательной коммисіи, такъ и въ литературѣ, остается весьма не опредѣленнымъ. Причина, поведшая къ признанію пріобрѣтенія съ цѣлью дальнѣйшаго отчужденія сдѣлкой объективной и въ германскомъ уложеніи—вполнѣ ясна, а для выясненія объективно торговой природы этой сдѣлки германскій законодатель и литература прибавили весьма немногое къ тому, что уже было сдѣлано по этой части французской литературой.

Что касается второй объективной сдѣлки—поставки, то во французскомъ кодексѣ она является сдѣлкой субъективной (entreprise), да и въ нѣмецкой законодательной коммисіи были мнѣнія въ пользу субъективной природы сдѣлки. Лишь десятью голосами противъ шести отвергнуто было предложеніе считать торговой поставку товаровъ или движимыхъ вещей „для торговопромышленныхъ цѣлей“ и одиннадцатью противъ пяти, сдѣлка признана была объективно торговой [8]).

Третья объективная сдѣлка—принятіе страхованія за премію (по аналогіи съ французскимъ toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer [9]).

Наконецъ, послѣдняя объективная сдѣлка германскаго уложенія—принятіе на себя перевозки моремъ грузовъ или пассажировъ и выдача бодмерейной ссуды аналогична съ французскими tout affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, понимаемыми въ старой литературѣ какъ „entreprise“ [10]). При первомъ чтеніи германскаго проекта рѣшено было причислить къ объективнымъ всѣ сдѣлки, нормируемыя морскимъ правомъ и было отвергнуто мнѣніе меньшинства (6 противъ 9), требовавшаго причисленія къ купцамъ всѣхъ тѣхъ, кто профессіонально совершаетъ морскія сдѣлки. Во второмъ чтеніи фрахтовая сдѣлка и перевозка пассажировъ причисляются къ сдѣлкамъ субъективнымъ, а въ третьемъ—явилась редакція уложе-

---

[7]) Goldschmidt. Handbuch d. Handelsrechts (1875), стр. 563, пр. 45.

[8]) Goldschmidt. Handbuch d. Handelsrechts (1875), стр. 571 сл., пр. 1.

[9]) Ср. Thaller. Traité élémentaire de droit commercial (1898), стр. 31–32. Что въ Code de commerce имѣется въ виду именно „entreprise“—см. и Vincens. Exposition raisonnée de la législation commercial (1834), t. I, стр. 740. Оба автора указываютъ и на то, что страхованіе, какъ единичная сдѣлка, является необычной.

[10]) Vincens. Exposition, t. I (1834), стр. 139.

нія [11]). И эти колебанія вполнѣ понятны, въ виду полнаго отсутствія какого-либо объективнаго основанія для распредѣленія сдѣлокъ между двумя группами.

Къ сдѣлкамъ субъективнымъ германское уложеніе причисляетъ принятіе обработки или переработки, сдѣлки банкирскія и мѣняльныя, сдѣлки, заключаемыя коммисіонерами, посредничество въ заключеніи сдѣлокъ, сдѣлки издательскія и другія, по книжной торговлѣ совершаемыя (Art. 272). Система торговыхъ дѣйствій завершается признаніемъ сдѣлокъ торговыхъ по приращенію (Art. 273—всѣ отдѣльныя сдѣлки, входящія въ кругъ торговаго промысла купца) и по презумціи (Art. 274—заключаемые купцомъ договоры, въ случаѣ сомнѣнія, считаются входящими въ кругъ его торговаго промысла) [12]).

Такова германская система торговыхъ сдѣлокъ, система — исключительно частно правовая, матеріальная, въ отличіе отъ процессуальной системы Code de commerce. Германское торговое уложеніе явилось законченнымъ, въ себѣ самомъ замкнутымъ цѣлымъ, для котораго существуетъ своя собственная компетенція, свое, независимое отъ другихъ областей права (торговли), понятіе торговаго отношенія (Handelssache) [13]). Торговое право относится къ гражданскому праву не какъ исключеніе къ общему правилу, а какъ спеціальное право къ общему [14]).

Идея спеціальнаго торговаго права въ германскомъ уложеніи получаетъ самое полное содержаніе въ ученіяхъ торговаго обязательственнаго права. Мы видѣли, какъ въ Code de commerce система торговыхъ дѣйствій остается формой безъ всякаго содержанія. Прямую противоположность составляетъ германское уложеніе, посвятившее рядъ статей общимъ постановленіямъ о торговыхъ сдѣлкахъ (art. 278—336) и еще больше отдѣльнымъ обязательствамъ сухопутнаго, морского и товарищескаго права.

Въ общемъ ученіи торговаго обязательственнаго права—прежде всего рекомендуется при толкованіи торговыхъ сдѣлокъ руководствоваться намѣреніемъ сторонъ, избѣгая буквальнаго толкованія (Art.

---

[11]) Goldschmidt. Handbuch d. Handelsrechts (1875), стр. 590, пр. 4.

[12]) Ср. Code de commerce, art. 632, al. 6 и art. 638, al. 2.

[13]) Теорію частноправового Handelssache развило не столько само уложеніе, сколько вызванная имъ литература и особенно Goldschmidt. Handbuch d. Handelsrechts (1875), стр. 470 слл.

[14]) Детальное выясненіе у Goldschmidt'a. Handbuch (1875), стр. 363 слл.

278), для чего лучшимъ пособіемъ могутъ служить принятые въ торговомъ быту нравы и обыкновенія (Art. 279). Для уразумѣнія истинной воли контрагентовъ наилучшимъ средствомъ является широко признанное въ уложеніи судейское усмотрѣніе [15]). Какъ общее правило для торговыхъ обязательствъ, устанавливается солидарная отвѣтственность должниковъ (Art. 280), мѣрка осмотрительности добропорядочнаго купца (Art. 282), право требованія не только убытковъ, но и неполученной выгоды (Art. 283), неограниченность размѣра неустойки (Art. 284), неопорочиваемость торговыхъ сдѣлокъ вслѣдствіе понесенія чрезмѣрнаго ущерба (Art. 286), высшій размѣръ законныхъ и договорныхъ процентовъ (Art. 287, 292, 293), теченіе процентовъ просрочки безъ напоминанія (Art. 289), проценты на проценты при контокоррентныхъ отношеніяхъ (Art. 291). Перечисленными случаями далеко не исчерпывается содержаніе общей части торговаго обязательственнаго права, гдѣ имѣется рядъ предписаній и о передачѣ обязательствъ, и объ ограниченіи виндикаціи въ пользу добросовѣстнаго владѣльца (Art. 306), и о торговомъ закладѣ, и о jus retentionis; далѣе о заключеніи торговыхъ сдѣлокъ (особенно между отсутствующими), наконецъ, объ исполненіи обязательствъ.

Въ нашу задачу не входитъ детальное изложеніе торговаго обязательственнаго права. Но уже и сдѣланныхъ выдержекъ достаточно для того, чтобы убѣдиться, что германское торговое уложеніе, дѣйствительно, содержитъ въ себѣ многочисленныя матеріальныя постановленія торговаго обязательственнаго права. Прибавимъ къ этому рядъ статей, посвященныхъ отдѣльнымъ торговымъ обязательствамъ: товариществу, куплѣ продажѣ, коммисіонной сдѣлкѣ, экспедиціонному договору, фрахтовой сдѣлкѣ (желѣзныхъ дорогъ въ особенности), сдѣлкѣ морской перевозки, бодмереѣ, страхованію и аваріи.

Т. о. одна сторона торговаго права, мысль о которой далъ французскій законодатель,—получила необычайное развитіе въ Германіи. Если смотрѣть на торговое обязательственное право, какъ на одинъ изъ путей гражданскаго праворазвитія, то нужно считать это развитіе весьма важнымъ положительнымъ фактомъ. Если же при-

---

[15]) Allg. D. HGB. Art. 27, 34, 35, 57, 62 — 64, 77, 78, 101, 125, 162 170, 254, 262, 310, 488, 493, 573, 596, 595 ч. 6, 585, 591, 744—Art. 160, 195, 253, 323 ч. 3, 394, 407; 473 и т. д.

помнить, что частноправовое основаніе торговаго права само собой вело къ крайнему развитію идеи спеціальнаго права, и потому лишало общій оборотъ нужныхъ и для него принциповъ права,—то указанное явленіе нужно считать отрицательнымъ.

Но мы знаемъ и другую сторону французскаго торговаго права, такъ сказать, публично-правовую, исходящую изъ мысли объ общественномъ интересѣ—гдѣ она? Въ германскомъ уложеніи, съ его чисто частноправовымъ характеромъ, съ его задачей урегулировать отношенія торговаго оборота къ пользѣ этого послѣдняго, съ его стремленіемъ замкнуть торговый оборотъ и торговое право въ ихъ спеціальныя рамки,—для публичнаго элемента не оставалось мѣста. Въ частности и особенности, и институты профессіональной экономической дѣятельности не могли сохранять своего прежняго характера и должны были нѣсколько измѣнить свою организацію.

Такъ прежде всего торговая регистрація получаетъ самостоятельное мѣсто въ германскомъ уложеніи (Art. 12—14). Регистрація уже не ограничивается товариществами, но объявляется обязательной и для единичныхъ купцовъ, каковые должны вносить свое гражданское имя, фирму (Art. 19, 25) и учрежденіе прокуры (Art. 45), съ исключеніемъ отъ этой обязанности купцовъ ограниченнаго права (Art. 10). Развитіе института регистраціи въ германскомъ уложеніи 1861 г. особенно обнаруживается въ санкціи установленной обязанности зарегистрованія. Въ большинствѣ случаевъ, впрочемъ, эта санкція является чисто административной (учрежденіе фирмы, прокуры, основаніе полнаго товарищества). Но нерѣдко она получаетъ частноправовое значеніе. Это частноправовое значеніе регистраціи обнаруживается въ обязательности для третьихъ лицъ зарегистрованнаго факта (Art. 25, 46, 87 и т. д.), если только не будетъ доказано, что третье лицо не только не знало, но и не обязано было знать о занесенномъ въ публичный реестръ событіи. Еще бо́льшее частноправовое значеніе имѣетъ регистрація въ тѣхъ случаяхъ, когда зарегистрованный фактъ получаетъ непреложное значеніе противъ каждаго, безъ исключенія въ пользу того, кто не узналъ о немъ не по своей винѣ. Съ другой стороны—такіе факты, до внесенія ихъ въ публичный реестръ, не имѣютъ никакого юридическаго значенія (Art. 211, 214 ч. 2, 178 и др.).

Торговыя фирмы въ германскомъ уложеніи являются институтомъ, принадлежащимъ не только товариществу, какъ въ Code de

commerce, но, вообще, купцу. Едва намѣченный во французскомъ уложеніи институтъ получаетъ въ Германіи небывалое развитіе. Обязательность фирмы (Art. 19), истинность (Art. 16) и исключительность (Art. 20)—получаютъ опредѣленное признаніе въ уложеніи 1861 г. Фирма считается здѣсь имуществомъ наслѣдственнымъ, отчуждаемымъ (Art. 22), но только вмѣстѣ съ предпріятіемъ (Art. 23), причемъ на случай отчужденія допускается исключеніе изъ принципа истинности: отчужденная фирма, разъ она остается неизмѣненной, очевидно, уже не соотвѣтствуетъ имени новаго собственника предпріятія (Art. 22). Регистрація фирмы обязательна для купца, которому угрожаетъ за неисполненіе этой обязанности штрафъ (Art. 26). Тотъ, чьи права нарушены вслѣдствіе неправильнаго пользованія кѣмъ-либо чужою фирмою, можетъ предъявить къ сему послѣднему требованіе о прекращеніи дальнѣйшаго пользованія фирмою и о вознагражденіи за убытки.

Наконецъ, третій институтъ, нормированный торговымъ уложеніемъ 1861 г.—купеческія книги представляются въ общемъ въ томъ же видѣ, какъ и по Code de commerce. Основная идея института и тутъ, и тамъ—публичность фактовъ, представляющихъ интересъ для публики или для третьихъ лицъ.

Со всѣми только что кратко очерченными институтами мы встрѣчаемся и въ средневѣковыхъ статутахъ, и во французскихъ ордонансахъ, и въ Code de commerce. Въ чемъ же проявляется ихъ развитіе? Они какъ были, такъ и остаются средствомъ контроля и надзора надъ профессіональной торговлей. Но уже въ ордоннансахъ и въ Code de commerce въ ихъ публичной—вообще—природѣ начинаютъ проявляться стороны съ частноправовымъ характеромъ. Германское уложеніе 1861 г. въ этомъ смыслѣ явилось лишь дальнѣйшимъ развитіемъ, но несомнѣнно, что впервые наши институты получаютъ бо́льшую опредѣленность именно въ Германіи. Въ связи съ общимъ характеромъ торговаго уложенія и съ общими идеями, руководившими авторами и институты профессіональной торговли должны были получить преимущественно частноправовую окраску. А съ другой стороны—эта новая юридическая конструкція должна была, какъ нельзя больше, укрѣплять идею самостоятельнаго торговаго права и на этотъ разъ съ тѣмъ бо́льшимъ успѣхомъ, что институты профессіональной торговли, дѣйствительно, являлись спеціальными, не нужными, а иногда и не пригодными для общаго, обыденнаго гражданскаго оборота.

—

Подводя итогъ развитію права во второй половинѣ второго періода, мы должны сказать, что идея спеціальнаго торговаго права утвердилась вполнѣ и непреложно.

Блестящее развитіе нѣмецкой литературы послѣ изданія уложенія 1861 г. окончательно утвердило эту идею и сдѣлало ее безспорной для подавляющаго числа законодателей и ученыхъ. Цѣлый рядъ авторовъ нѣмецкихъ, французскихъ, итальянскихъ—послѣ изданія въ 1882 г. итальянскаго торговаго уложенія и, немногихъ правда, русскихъ развивали и разрабатывали эту идею, изучали торговоправовые принципы и подробно комментировали торговыя сдѣлки.

Вмѣсто того, чтобы перечислять длиннѣйшій рядъ, хотя бы только новыхъ коммерціалистовъ, достаточно назвать два имени,—чтобы охарактеризовать направленіе и значеніе литературы торговаго права. Недавно скончавшійся знаменитый нѣмецкій юристъ Goldschmidt больше, чѣмъ кто другой, содѣйствовалъ распространенію вліянія германскаго уложенія и утвержденію идеи торговаго права. Обладая безпримѣрной эрудиціей по исторіи права и выдающимися экономическими познаніями, Goldschmidt съумѣлъ дать—въ первыхъ изданіяхъ своего извѣстнаго труда—полную, внушительную картину общихъ понятій торговаго права, не допускавшую возраженій объ отсутствіи самостоятельнаго для такой картины матеріала. А въ исторіи торговаго права—послѣднее изданіе того же Handbuch—торговое право получило блестящее историческое подтвержденіе. И тѣмъ выше значеніе этого послѣдняго труда, чѣмъ шире область, которую захватывалъ авторъ, и которая далеко не покрывается торговымъ правомъ.

Укажу еще здѣсь на другого юриста—Georg Cohn'a [16]), который является наиболѣе горячимъ защитникомъ идеи торговаго права, истинность которой доказывается, между прочимъ, и статистическимъ исчисленіемъ государствъ и писателей, признающихъ торговое право. Самостоятельное торговое право признаетъ половина Европы противъ одной Швейцаріи, Goldschmidt, Gareis, Pappenheim, Franchi—противъ Vivante, Molengraf, Dernburg и Endemann.

Дѣйствительно, къ концу истекающаго столѣтія идея спеціальнаго торговаго права утвердилась вполнѣ и, можно сказать безъ

[16]) Georg Cohn. Rechtswissenschaftliche Vorträge. Heidelberg. 1888, особ. стр. 64 до конца.

большого преувеличенія,—повсюду. Въ слѣдующемъ періодѣ исторіи торговаго права мы увидимъ реакцію противъ этой идеи, начинающуюся, правда, еще во второмъ періодѣ. Но, нельзя не признать, что пока, т. е. до послѣднихъ дней, эта реакція не нарушала общаго направленія, и потому мы будемъ говорить о ней въ ближайшемъ третьемъ отдѣлѣ нашего очерка.

А пока посмотримъ, какую роль играла идея торговаго права въ русской исторіи права.

§ 3. Русское торговое право.

Въ своемъ мѣстѣ мы отмѣтили законодательныя попытки, направленныя на организацію русскаго купеческаго сословія.

Въ настоящую минуту насъ интересуетъ другая сторона дѣла—нормированіе тѣхъ отношеній, какія связываются съ торговлей. Частноправовыя нормы, имѣющія ближайшее отношеніе къ той экономической сферѣ, которую мы называемъ (условно) торговлей, могутъ выдѣляться или не выдѣляться изъ общаго гражданскаго права, но онѣ существуютъ всегда и вездѣ.

Можно представить себѣ, что эти нормы имѣютъ исключительное примѣненіе къ торговлѣ, или же, создаваемыя для торговли, на самомъ дѣлѣ онѣ оказываются примѣнимыми и необходимыми для всего гражданскаго оборота.

Въ виду сказаннаго должно быть понятнымъ, почему въ Россіи существуетъ рядъ законовъ, имѣющихъ ближайшее отношеніе къ торговлѣ—въ томъ или другомъ—изъ указанныхъ выше—смыслѣ, не смотря на то, что у насъ не было ни почвы, ни вообще подходящихъ условій для развитія идеи спеціальнаго торговаго права.

Съ нормами, имѣющими въ виду купцовъ [1]), мы встрѣчаемся уже въ пространной Русской Правдѣ, въ ст. 45 Кар., устанавливающей льготу въ реализаціи сдѣлки займа. По общему порядку (ст. 44) взысканіе кунъ съ запирающагося должника происходитъ въ присутствіи послуховъ, которые и идутъ на роту. Напротивъ того „аже кто купець купцу дасть въ куплю куны или въ гостьбу, то купцу

[1]) Весьма подробное изложеніе исторіи торговаго права въ Россіи—у Г. Ф. Шершеневича. Система торговыхъ дѣйствій (1888), гл. IV. См. также П. П. Цитовичъ. Лекціи по торговому праву. В. I. Одесса. 1873, стр. 66 слл.

предъ послухы кунъ не имати: послуси ему не надобѣ; но ити ему на роту, оже ся оучнеть запирати“ [2]).

Упрощенныя средства доказательства, быть можетъ, раньше всего потребовались въ торговлѣ; во всякомъ случаѣ ихъ легко оправдать для сдѣлокъ между двумя профессіональными купцами. Пространная Правда даетъ намъ и еще одно постановленіе, пріуроченное къ купцамъ, несостоятельность коихъ затрагивала слишкомъ много имущественныхъ сферъ, чтобы на нее не обратить вниманія прежде всего. Однако нельзя не признать, что въ основаніи ст. ст. 68 и 69 Карамз. [3]) лежитъ идея защиты всѣхъ тѣхъ, интересы которыхъ затрагиваются несчастной или неосторожной несостоятельностью купца. Нельзя не отмѣтить, именно, случайности пріуроченія несостоятельности къ купечеству, очевидной изъ того, что третій видъ несостоятельности—злостной—нормированъ уже безъ всякаго отношенія къ купечеству: „оже человѣкъ полгавъ куны оу людей, а побѣжитъ въ чюжую землю....“ (ст. 133 Карамз.). Для древняго права—это почти и все, если не считать 38 ст. Псковской Грамоты, хотя имѣющей въ виду торговлю, но отнюдь не соотвѣтствующей ея потребностямъ (свобода оборота), и если не останавливаться на воспроизведеніи статей Русской Правды Судебниками [4]).

Развитіе законодательства относительно предметовъ, касающихся торговли, начинается лишь въ императорскомъ періодѣ. Первымъ актомъ въ этой области надо считать уставъ объ эверсахъ 1720 г. [5]), съ весьма выдержаннымъ частноправовымъ характеромъ.

Эверсы отданы были купецкимъ людямъ для возки товаровъ, чѣмъ и объясняется пріуроченіе указа къ купечеству безъ всякой, однако, сословной окраски. Отношенія между содержателями эверсовъ, купецкими людьми, и грузохозяевами не находили соотвѣтствующихъ нормъ (по договору перевозки) въ дѣйствовавшемъ гражданскомъ правѣ, почему и потребовался особый уставъ.

---

[2]) М. Ф. Владимірскій-Будановъ. Христоматія. В. I (1889), стр. 51.

[3]) По изд. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Христоматія. Вып. I (1887).

[4]) Ст. 55 Судебника 1497 г. и ст. 90 Судебника 1550 г. по изд. М. Ф. Владимірскаго-Буданова. Христоматія. Вып. 2 (1888).

[5]) П. П. С. З, т. VI, № 3615. 1720 г. іюня 26 (Петръ I). Морской уставъ 13 января 1720 г. П. П. С. З., т. VI, № 3485, преслѣдуетъ исключительно военныя цѣли.—Не представляетъ для насъ интереса и морской торговый уставъ 31 января 1724 г. въ виду исключительно полицейскаго характера (явка корабельщиковъ, выборка таможенныхъ паспортовъ, платежъ пошлинъ и т. п.).

Въ уставѣ получили опредѣленіе—размѣръ фрахта (ст. 1, 2), срокъ исполненія договора со стороны хозяевъ эверсовъ (ст. 4) и грузоотправителей (ст. 5), своевременная выгрузка, обязательная для купецкихъ людей подъ угрозой штрафа (ст. 6), расходы нагрузки и выгрузки (ст. 7, 8), устройство эверсовъ, обезпечивающее безопасное плаваніе (ст. 9, 10), распредѣленіе убытковъ въ случаѣ, ежели эверсъ въ пути погодою разбитъ или отъ того, какое поврежденіе имѣть будетъ (ст. 11), отвѣтственность хозяевъ эверсовъ за вредъ, причиненный товару оплошностью и несмотрѣніемъ судовщика или хозяина эверса (ст. 12, 13).

Послѣднія четыре статьи устава предусматриваютъ случай, когда эверсъ сядетъ на мель (ст. 14), устанавливаютъ обязательное число эверсовъ для ихъ содержателей (ст. 15), обязываютъ судовщиковъ оповѣщать о выходѣ и приходѣ эверсовъ (ст. 16), наконецъ (ст. 17), запрещаютъ пользованіе посторонними эверсами: „и сіе какъ ради властнаго Его Царскаго Величества интереса, такъ и для того, чтобы оные люди, которые эверсы держатъ, убытка въ томъ себѣ не возъимѣли“.

Для своего времени памятникъ представляется замѣчательно содержательнымъ и выдержаннымъ, преслѣдующимъ одну опредѣленную цѣль—примирить интересы общественные съ интересами тѣхъ, кто эверсы держитъ. Если бы потребность въ транспортномъ правѣ чувствовалась тогда въ болѣе широкихъ размѣрахъ, уставъ объ эверсахъ легко было бы развить до общаго права перевозки.

Впрочемъ, въ уставѣ объ эверсахъ еще мудрено искать идею особаго купеческаго права, съ каковой впервые мы встрѣчаемся, конечно, въ зачаточномъ видѣ въ 1726 г. [6]), когда Главный Магистратъ донесъ, что люди всякихъ чиновъ—на купецкихъ людей и купцы на купцовъ бьютъ челомъ въ (с)судахъ и заемныхъ деньгахъ, представляя въ томъ свидѣтелей и своеручныя всякія письма, а другіе—по купеческому обыкновенію—и безъ свидѣтельства, и безъ всякихъ писемъ. А по Уложенію 7157 г. 10 главы 189 пункта—повелѣно въ такихъ искахъ отказывать; въ 206 п.—постановлено даже выдавать неисправнаго должника головою. „А Главный Магистратъ представляетъ свое мнѣніе, что въ такихъ искахъ судъ давать надлежитъ для того, что между купецкими людьми всякія торговли безъ крѣ-

---

[6]) П. П. С. З., т. VII, № 4828. 1726 г. февраля 1 (Екатерина I).

постей происходятъ, такожъ и другихъ чиновъ люди тому-жъ послѣдуютъ; а чтобъ во всякихъ торговляхъ между купцами письменное, а наипаче крѣпостныхъ дѣлъ обязаніе за невозможность признавается, такожъ и въ ссудахъ и въ заемныхъ деньгахъ по знакомству и въ поклажахъ какихъ вещей или денегъ, что наипаче отъ пріѣзжихъ людей бываетъ". Сенатъ приказалъ: „между купецкими людьми, какъ по партикулярнымъ письмамъ и векселямъ и по записнымъ купеческимъ книгамъ и счетамъ, такъ и въ безписьменныхъ торговыхъ ихъ дѣлахъ и въ поклажахъ и ссудахъ, по мнѣнію Главнаго Магистрата, судъ производить по прежнему купеческому обыкновенію таможеннымъ судомъ; а буде у нихъ купцовъ дѣла случатся другихъ чиновъ съ людьми, и изъ тѣхъ, которыя дѣла надлежатъ до купечества, о тѣхъ судъ давать по вышеписанному; а которыя до купечества не надлежатъ, тѣ производить надлежащимъ судомъ по Уложенію и по указамъ".

И такъ, законодатель признаетъ особую потребность торговли въ ограниченіи формальностей,—отличаетъ дѣла купеческія отъ не купеческихъ, допуская для первыхъ въ качествѣ нормы „обыкновеніе", и оставляя вторыя подъ дѣйствіемъ Уложенія и указовъ. Изъ цитируемаго сенатскаго указа мы узнаемъ, однако, что за купецкими людьми въ неформальномъ совершеніи сдѣлокъ слѣдуютъ и другихъ чиновъ люди—значитъ нерасположеніе къ крѣпостямъ общее. Что-же касается купеческихъ обыкновеній, то они лишь пожеланіе и правительства, и купцовъ, до сихъ поръ не осуществленное.

Во всякомъ случаѣ мысль объ особыхъ нуждахъ торговли и о необходимости особыхъ нормъ для купечества получила нѣкоторое выраженіе въ указѣ 1726, и получила новое подтвержденіе въ сенатскомъ указѣ 1727 г. [7]), который вводитъ проценты просрочки и хотя дополняетъ т. о. Уложеніе, но пріурочиваетъ свое нововведеніе къ купеческимъ обязательствамъ. Иниціатива принадлежала „иноземцамъ", которые обратили вниманіе правительства на то, что „кредитъ купеческій весьма утратился и разорился", а между тѣмъ, какъ признавало само правительство, „между купечествомъ есть главной и нужной кредитъ деньги". Вотъ почему—такъ какъ „по Уложенію, кромѣ возврату истинныхъ денегъ и проѣсти и волокитъ, никакихъ процентовъ не положено", то „въ удовольствіе купечеству надлежитъ

---

[7]) П. П. С. З., т. VII, № 5145. 1727 г. августа 26 (Петръ II).

съ такихъ, кто у себя продержитъ за срокомъ деньги, брать по 6 процентовъ на годъ, сверхъ проѣстей и волокитъ, дабы вѣдая такой платежъ, могли должники отъ долговременнаго у себя держанія уняться".

Во исполненіе означеннаго предложенія упомянутымъ указомъ устанавливается процентъ просрочки въ размѣрѣ пяти годовыхъ и это установленіе позднѣе получило общее значеніе [8]), но въ своемъ зародышѣ, какъ было сказано, оно пріурочено къ купеческимъ долгамъ и поставлено въ связь съ вводившимся тогда же институтомъ суда таможеннаго—по словеснымъ прошеніямъ, а не по челобитнымъ (1727).

Это учрежденіе суда таможеннаго для идеи торговаго (купеческаго) права представляетъ весьма крупный интересъ. Въ предисловіи этого акта значится: „понеже Его Императорское Величество, милосердуя къ подданнымъ своимъ купеческимъ людямъ, дабы оные, кромѣ необходимой нужды, не вступали въ письменные суды и отвѣты, тѣмъ въ купечествѣ своемъ время не тратили, и въ напрасные убытки отъ того не входили, повелѣваетъ въ ратушахъ, и что прилично въ таможняхъ, какъ въ градскихъ, такъ и въ уѣздныхъ, гдѣ случай допуститъ, отправлять словесный судъ и расправу между купеческими людьми, и кто на нихъ будетъ бить челомъ, по присяжной должности, по дружбѣ и страсти не маня, а по злобѣ не посягая".

Какихъ-либо спеціальныхъ мотивовъ введенія этого упрощеннаго суда нечего и искать. И то, что пріурочивается къ купечеству, было, конечно, одинаково необходимо для всего оборота; это, повидимому, допускаетъ и законодатель, подводя подъ дѣйствіе новаго закона не только „судъ и расправу между купеческими людьми", но и случаи, когда „кто на нихъ будетъ бить челомъ".

Въ компетенцію новаго суда вводятся, очевидно, такія дѣла, относительно которыхъ не представляется опасности отъ словеснаго суда, и которыя, по своей незначительности, обыкновенно, не облекаются въ письменную форму. Законъ ослабляетъ формализмъ суда и ограничиваетъ формальности сдѣлки—для дѣлъ между купцами и съ купцами. Это была реакція противъ формализма гражданскаго

---

[8]) О томъ, какъ шло дальнѣйшее развитіе этой нормы, какъ общей, см. Неволинъ. Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ (въ Полн. собр. соч.). СПБ. 1858. Ч. III, стр 142.

права и общаго суда, реакція, проявившаяся сначала относительно дѣлъ купеческихъ, гдѣ чаще всего сказывались неудобства волокиты.

И несомнѣнно, что законодателемъ руководила мысль опредѣлить компетенцію суда, какъ кругъ „дѣлъ, касающихся купечества". Перечень, какой находимъ мы въ изучаемомъ законѣ, представляетъ собой первую у насъ попытку отграниченія торговыхъ дѣлъ, которая позднѣе получитъ дальнѣйшее развитіе.

„О такихъ дѣлахъ судить безписьменно. 1) Кто у кого купитъ и приметъ товаръ, а за оный денегъ не заплатитъ. 2) Продавъ товаръ и взявъ задатокъ, или всѣ деньги, а товаръ не отдаетъ, а иногда, увидя упадокъ въ цѣнѣ, товару принимать не станетъ. 3) Товаръ продалъ и показывалъ доброй, а станетъ отдавать худой. 4) Кто у кого взялъ деньги письменно и безписьменно, а не отдаетъ. 5) Кто кому положилъ на сохраненіе деньги, или товаръ, или письма, а запрется. 6) Буде лавку или судно найметъ, а до урочнаго времени хозяинъ откажетъ. 7) Судовщики (опричь мастеровъ при портахъ, о коихъ особо уставы) или извощики довезутъ товаръ не въ цѣлости, или до урочнаго мѣста не довезутъ. 8) Тожь судовщикамъ и извощикамъ, ежели купцы наемныхъ денегъ не заплатятъ, или учинятъ простой. 9) Между хозяина и наемными работниками ежели какіе въ выгрузкахъ и нагрузкахъ, или всякія и въ другой при отправленіи товаровъ работѣ, учинятся споры. 10) Буде отъ хозяина на прикащика и сидѣльца, такожь и отъ нихъ хозяевъ будетъ во удержкѣ наемныхъ денегъ, или въ иномъ чемъ жалоба. 11) Купцы и ихъ прикащики и сидѣльцы между собою подерутся, или побранятся.— Также и въ прочихъ дѣлахъ, касающихся къ купечеству".

Учрежденіе таможеннаго суда представляетъ интересъ и для матеріальнаго права, такъ какъ законодатель пытается дать содержаніе для той формы, для системы, какую мы только что привели. Соотвѣтственно пунктамъ вышеприведенной системы, предписывается:— 1) Принуждать неисправнаго покупщика къ исполненію обязательства даже путемъ задержанія подъ карауломъ и продажей товара съ публичныхъ торговъ. 2) Принужденію подвергаются и продавцы, не желающіе исполнить свое обязательство, „видя въ цѣнѣ (товаровъ) повышеніе". 3) Въ случаѣ покупки по запечатаннымъ образцамъ— товаръ долженъ соотвѣтствовать имъ, въ противномъ случаѣ покупщикъ можетъ отступиться отъ договора и взять обратно свой задатокъ. Но неосновательная забраковка товара дѣлаетъ покупщика не-

исправнымъ. 4) Въ случаѣ запирательства со стороны поклажепринимателя, положенныя на сохраненіе деньги, товаръ или письма крепостныя и вексельныя—отбирать, а съ поклажепринимателя, за то что онъ „хотѣлъ душевредничествомъ покорыстоваться“, брать штрафъ по гривнѣ съ рубля на гошпитали и богадѣльны. 5) На случай гибели заклада или поклажи—отъ пожару или воровскихъ людей закладо-и поклаже-приниматель освобождается отъ всякой отвѣтственности. Но за то и заемщикъ, котораго закладъ сгорѣлъ, свободенъ отъ платежа долга, „ибо общее несчастіе случилось, наипаче же тому, чей закладъ былъ, понеже обычайно въ закладъ берется свыше заемной суммы“. 6) Въ случаѣ нарушенія договора найма лавки или амбара со стороны собственника, „до урочнаго времени высылать нанявшаго не велѣть“. Также кто плавное судно по рѣкамъ и озерамъ найметъ“..., а послѣ судовщикъ откажется, принудить его за наемную цѣну везти, а въ убыткахъ отъ того учинившихся винить, какъ между ими договорено. 7) Если товарохозяева заявляютъ претензію къ судовщикамъ и извозчикамъ, которые не въ цѣлости товаръ привезутъ, то „отъ суда послать и осмотрѣть при свидѣтеляхъ и при самихъ тѣхъ судовщикахъ и извозчикахъ. Всякіе убытки отъ погодъ дождевыхъ и вешнихъ, и осеннихъ грязей, и штурмовъ водяныхъ—ложатся на грузохозяевъ. Въ случаѣ недовоза по причинамъ, отъ возчика не зависящимъ, въ платежѣ денегъ производится расчетъ по пропорціи верстъ. 8) При неисправности въ платежѣ денегъ судовщикамъ и наемникамъ—принуждать хозяевъ, а за простой брать, по чему гдѣ на день между хозяиномъ и наемщикомъ договорено будетъ. 9) Если наемные работники отказываются выгружать товаръ или дѣлать это не по надлежащему станутъ, тѣхъ наказывать, смотря по винѣ. 10) Въ случаѣ жалобъ приказчиковъ и сидѣльцевъ на неплатежъ хозяевами денегъ, недачу отпуска—принуждать хозяевъ, а при жалобахъ со стороны хозяевъ на приказчиковъ „въ непотребномъ ихъ житіи“—о такихъ свидѣтельствовать и по винѣ наказывать. 11) Кто въ судѣ будетъ просить въ брани и въ дракѣ—принуждать безчестіе и увѣчье по Уложенію.

Таковы купеческія дѣла—какъ система (процессуальная), таковы и нормы для купеческихъ дѣлъ, какъ матеріалъ купеческаго права.

Можно напомнить здѣсь объ отмѣченныхъ ранѣе попыткахъ правительства организовать купечество въ гильдіи, дать ему свой судъ

и побудить—къ созданію особыхъ купеческихъ статутовъ. И мы еще такъ недавно встрѣтились съ признаніемъ купеческихъ обыкновеній. Все это совершенно понятно и объединяется общей цѣлью. Но въ какое-же отношеніе ставится учрежденіе таможеннаго суда къ мѣрамъ сословно-судебной организаціи купечества? Кажется, не будетъ ошибкой считать законъ 1727 г. стоящимъ въ противорѣчіи съ этими мѣрами. Купеческій судъ могъ-бы дѣйствовать лишь въ виду существованія особыхъ купеческихъ обыкновеній или даже—въ интересахъ выработки или констатированія ихъ. Ту-же цѣль могъ преслѣдовать, конечно, и таможенный судъ, но при одномъ условіи—свободѣ примѣненія купеческаго обыкновенія. А между тѣмъ законодатель уже забываетъ о купеческихъ обычаяхъ, такъ какъ замыкаетъ купеческія дѣла и торговыя нормы въ опредѣленную, законченную систему, и, что самое главное, въ заключеніе прямо предписываетъ—въ случаѣ недостатка закона и необходимости „доноики словесному суду (то), по окончаніи перваго таковаго дѣла въ недѣлю писать въ Коммерцъ-Коллегію. А другихъ дѣлъ, на что въ семъ уставѣ точные пункты есть, по онымъ примѣрнымъ вновь случившимся дѣламъ отнюдь не вершить". Т. о. недостатокъ, неясность устава обязываетъ къ испрошенію разъясненій; а полное умолчаніе о случаѣ, для котораго, быть можетъ, имѣется аналогія въ уставѣ, обязываетъ къ исключеніямъ такого дѣла изъ подсудности таможеннаго суда.

Учрежденіе таможеннаго суда намѣтило не мало отношеній, пригодныхъ для торговаго права. Но этимъ далеко не кончилась и не завершилась разработка матеріала. Уже въ 1729 г. издается первый у насъ уставъ вексельный [9]), въ предисловіи къ которому излагаются выгоды векселя для перевода, для займа, для „торгующихъ векселями", впрочемъ и для „владѣющихъ государей", прибѣгающихъ къ займамъ въ чужихъ краяхъ. Что векселя причислялись къ торговымъ дѣламъ, хотя прямо и не были названы въ учрежденіи таможеннаго суда (но ср. п. 4), это мы знаемъ уже изъ компетенціи Коммерцъ-Коллегіи 1719 г. [10]). Это-же подтверждаетъ и указъ 1754 г. [11]), который прямо говоритъ о судѣ между купецкими людьми по партикулярнымъ письмамъ и векселямъ—во внутреннихъ таможняхъ, ка-

---

[9]) П. П. С. З., т. VIII, № 5410, 1729 г. мая 16 (Петръ II).

[10]) См. стр. 15.

[11]) П. П. С. З. т. XIV, № 10222, 1754 г. маія 5 (Елисавета Петровна).

ковыя и были въ означенномъ 1754 г. уничтожены, съ сохраненіемъ, впрочемъ, словеснаго суда.

Накопленіе матеріала для торговаго права продолжаетъ и таможенный уставъ 1755 г. [12]), имѣющій въ виду „общенародныя пользы благополучно продолжающейся коммерціи“, ради каковой и даетъ рядъ полицейско-фискальныхъ предписаній. Но рядомъ съ этимъ уставъ занимается (гл. II ст. 11) опредѣленіемъ отношеній приказчиковъ и лавочныхъ сидѣльцевъ къ хозяину, даетъ (гл. II ст. 12) форму кредитныхъ писемъ или—что то же—правила торговой довѣренности. Вотъ и все, что слѣдуетъ отмѣтить въ уставѣ 1755 и что, замѣтимъ, сохраняетъ свою силу до сихъ поръ.

Компетенція словеснаго суда, какъ суда торговаго (купеческаго), осложненная по таможенному уставу 1755 г. (гл. VIII) уголовно-административными дѣлами на ярморкахъ,—становилась, въ виду постоянно накоплявшагося матеріала, неопредѣленной и тѣмъ болѣе сбивчивой, что подъ нее подпадали не только купцы, но и разночинцы. Оказывалось (въ 1766 г.) [13]), что „онымъ словеснымъ судамъ по какимъ точно дѣламъ въ оныхъ между купцами, также и разночинцами судить, о томъ точное наставленіе... учинено-ль, въ Главномъ Магистратѣ извѣстія нѣтъ“. Но за то Магистрату не безъизвѣстно, что „въ тѣхъ словесныхъ судахъ.. между купцами и разночинцами по объявленнымъ въ оныхъ векселямъ во взысканіи денегъ производство чинится письменное и вступаютъ по тѣмъ векселямъ въ разбираніе, и чинится производство тѣхъ дѣлъ весьма медлительное и колодники содержатся долговременно“.

Въ новой инструкціи словеснымъ судамъ предписывается еще разъ краткое разбирательство и на случай, „ежели гдѣ въ оныхъ словесныхъ судахъ по каковымъ-либо обстоятельствамъ будутъ какія дѣла, по которымъ къ разсужденію по сей инструкціи чего доставать не будетъ, въ такомъ случаѣ... о томъ.. представлять и надлежащаго по законамъ наставленія требовать“ (ст. 18). И таковыхъ представленій должно быть тѣмъ больше, чѣмъ скуднѣе содержаніе самой инструкціи, не позаботившейся опредѣлить точнѣе новыя отношенія, изъ коихъ инструкція отмѣчаетъ лишь дѣла о забранныхъ знатными персонами у купцовъ товарахъ безденежно (поступать учтиво, ст. 8) и о замѣнѣ ареста надежнымъ поручительствомъ (ст. 9).

---

[12]) П. П. С. З. т. XIV, № 10486, 1755 г. декабря 1 (Елисавета Петровна).

[13]) П. П. С. З., т. XVII, № 12721, 1766 г. августа 10 (Екатерина II).

Словесные суды продолжаютъ свое дѣйствіе и по учрежденію для управленія губерній 1775 г. [14]). По уставу благочинія 1782 [15]), идея словеснаго суда получаетъ расширеніе: такъ по ст. 161 устава учреждаются судьи словеснаго суда для словеснаго разбирательства по словесной просьбѣ гражданскихъ дѣлъ (ст. 162). Цѣль словесныхъ судовъ—далеко выходитъ теперь за предѣлы купеческихъ интересовъ, такъ какъ словесные суды должны 1) доставить обѣимъ сторонамъ законную, честную и безтяжебную жизнь, 2) злобы, распри и ссоры прекратить, 3) доставить каждому ему принадлежащее (ст. 165). Судъ рѣшаетъ дѣла по статьямъ должности его и Уложенію, а въ случаѣ сомнѣнія—требуетъ наставленія отъ городового магистрата (ст. 177). Только въ 1831 году (В. П. С. З. т. VI, № 4282—1831 января 22) была указана разница между словесн. суд. по учрежд. 1727 и слов. суд. по уст. благочинія.

Судъ торговый все болѣе и болѣе утрачивалъ свое спеціальное назначеніе, но это не мѣшало дальнѣйшему накопленію матеріала торговаго права.

Весьма обогатилось купеческое право съ изданіемъ въ 1781 г. устава купеческаго водоходства [16]), давшаго многочисленныя нормы о постройкѣ кораблей (интересы лѣсоохраненія), о корабельщикѣ, штурманѣ и др., о формѣ договоровъ хозяина съ означенными лицами, о наймѣ корабля, о судохозяевахъ и маклерахъ. Это дѣйствующее право—и часть Устава торговаго.

Уставъ цеховъ 1799 [17]) въ гл. XVI о цехѣ приказчиковъ или лавочныхъ сидѣльцевъ содержитъ правила, донынѣ остающіяся въ дѣйствіи: о почтительности (§ 5), о роспискѣ въ пріемѣ денегъ и товаровъ (§ 7) и отчетности (§ 6), отвѣтственности за убытки (§ 8, 9), относительно конкурренціи (§ 13), ежегоднаго расчета (§ 16), о безписьменномъ договорѣ (§ 18), лишающемъ права взыскивать плату и т. д.

Но особенно много матеріала для торговаго права давалъ уставъ о банкротахъ 1800 г. [18]). Нельзя не обратить вниманія на систему

---

[14]) П. П. С. З., т. XX, № 14392, 1775 г. ноября 7 (Екатерина II), гл. XIX ст. 432 п. XIII.

[15]) П. П. С. З., т. XXI, № 15375, 1782 г. апрѣля 8 (Екатерина II).

[16]) П. П. С. З., т. XXI, № 15176, 1781 г. іюня 25 (Екатерина II).

[17]) П. П. С. З., т. XXV, № 19187, 1799 г. ноября 12 (Павелъ I).

[18]) П. П. С. З., т XXVI, № 19692, 1800 г. декабря 19 (Александръ I).

этого устава. Онъ дѣлится на двѣ части, изъ коихъ первая для купцовъ, вторая—для дворянъ и чиновниковъ.

Первая представляетъ довольно детальное ученіе о несостоятельности и не подлежитъ нашему изученію, вторая даетъ цѣлый рядъ нормъ обязательственнаго права, которыми должны, конечно, пользоваться и купцы, такъ какъ „торговыя“ правила части первой посвящены слишкомъ спеціальной сферѣ отношеній.

Отдѣленіе первое второй части—для дворянъ и чиновниковъ—открывается вопросомъ „объ употребляемыхъ ими вексельныхъ обязательствахъ и какія впредь дозволяются“. По уставу 1729 г. векселя предназначены собственно для купечества, „дворянство же допущено было побочно только съ тѣмъ, что случайно обяжется векселемъ съ купцомъ, то подвергается всей строгости“. „Но сіе въ послѣдующемъ времени отмѣнилось... векселя вошли и остались въ повсемѣстномъ между дворянствомъ употребленіи... Легкость и скромность состава и передачи сихъ векселей, толь нужная и полезная для купечества, послужила напротивъ во вредный поводъ для молодыхъ и роскошныхъ дворянъ..., а великость процентовъ и строгость во взысканіи съ неплатящихъ, утверждающая кредитъ и торговлю купечества, подали обольстительные виды корыстолюбивымъ ростовщикамъ“. Отсюда—ст. 2—запрещеніе векселей дворянамъ.

Мотивъ заслуживаетъ двойного вниманія, какъ указывающій на обоюдоострость нѣкоторыхъ формальныхъ институтовъ, и на истинную причину ограниченія сферы торговыхъ дѣлъ. Въ той-же второй части мы находимъ рѣшеніе вопросовъ о передачѣ обязательствъ, о взысканіи по нимъ, о давности обязательствъ, о продажѣ должниковыхъ имуществъ, о поручительствѣ, несостоятельности и т. д.—матеріи общаго гражданскаго права, отнюдь не способствующія выработкѣ идеи торговаго права.

Въ тотъ самый годъ, когда во Франціи явился Code de commerce, у насъ изданъ былъ манифестъ о дарованныхъ купечеству новыхъ выгодахъ, отличіяхъ, преимуществахъ и новыхъ способахъ къ распространенію и усиленію торговыхъ предпріятій [19]). Замѣтимъ кстати, что законодатель въ этомъ манифестѣ возвращается къ мысли о „возвышеніи цѣлаго сословія“, но имѣетъ главной цѣлью „распространить и усилить торговыя предпріятія“, посредствомъ „установле-

---

[19]) П. П. С. З., т. XXIX, № 22218, 1807 г. января 1 (Александръ I).

нія двоякаго образа купеческихъ товариществъ"—товарищества полнаго и на вѣрѣ. „Сверхъ того бываетъ товарищество по участкамъ..., но какъ цѣль онаго служить важнымъ видамъ государственнаго хозяйства, то сего ради компанія учреждается съ нашего утвержденія, и по существу своему, допущая участниковъ изъ всѣхъ состояній, не прямо принадлежитъ къ занятіямъ купечества".

Новый законъ вводитъ регистрацію товариществъ (ст. 5), которая остается въ силѣ и до сихъ поръ, что освобождаетъ насъ отъ необходимости останавливаться на подробностяхъ. Можно лишь еще отмѣтить, что (по ст. 6) „разумъ предшествовавшаго отдѣленія уже открываетъ, что россійской дворянинъ можетъ входить въ составъ купеческихъ товариществъ", такъ какъ еще въ 1802 г. [20]) даровано было „дворянству право внѣшняго торга". И можно даже думать, что дворяне всегда являются настоящими купцами, такъ какъ законодатель (отд. IV) „различаетъ купца отъ купца" и, „дабы паче утвердить общее мнѣніе, законъ отнынѣ не смѣшиваетъ подрядчика, откупщика, или лавочника съ дѣйствительнымъ купцомъ, подъ именемъ коего разумѣется торгующій только оптомъ... также корабельщикъ, банкиръ, основывающій свою торговлю на вексельномъ переводѣ и курсѣ".

Изъ всѣхъ этихъ попытокъ выясненія понятія купца, изъ предоставленія „купеческихъ" институтовъ не-купцамъ легко видѣть неопредѣленность воззрѣній законодателя, которыя стали бы вполнѣ ясными, еслибы законодатель съумѣлъ отрѣшиться отъ сословнаго момента и нормировалъ-бы, напр., институтъ товарищества, какъ общегражданскій.

Во всякомъ случаѣ послѣднимъ актомъ законодатель въ значительной степени восполнилъ пробѣлы, какіе оказались-бы при сведеніи матеріала торговаго права. Мы видѣли, какъ случайно и отрывочно шла работа, но она во всякомъ случаѣ приближала насъ, внѣшнимъ по крайней мѣрѣ образомъ, къ Франціи. Это было и кстати въ виду неизбѣжнаго вліянія, какое долженъ былъ оказать Code de commerce на насъ, какъ и на многихъ другихъ. Какъ извѣстно, въ царствованіе Александра I явилась мысль о выработкѣ

---

[20]) Право дворянъ на торговлю отстаивалось весьма энергично еще въ депутатскихъ наказахъ въ екатерининской коммиссіи. С. В. Пахманъ. Исторія кодификаціи гражданскаго права. Т. I. СПБ. 1876, стр. 340.

рядомъ съ гражданскимъ особаго коммерческаго уложенія, которое должно быть, правда, ничѣмъ инымъ, какъ только изъятіемъ изъ правилъ, постановленныхъ гражданскимъ уложеніемъ [21]. Мы видѣли, что русскому законодательству не была чужда идея торговаго права, но она далеко не получила такого развитія, чтобы воплотиться въ особое торговое уложеніе. Поэтому совершенно правильно относятъ мысль о торговомъ уложеніи, хотя бы оно и являлось лишь исключеніемъ изъ правилъ гражданскаго уложенія, на счетъ французскаго вліянія.

Коммисія составленія законовъ представила въ маѣ 1814 г. проектъ въ Государственный Совѣтъ, гдѣ онъ и былъ подвергнутъ разсмотрѣнію, по крайней мѣрѣ, въ первой части своей [22]).

Проектъ не получилъ силы закона. Но для насъ не безъинтересно остановиться на немъ, въ виду отношенія его къ идеѣ торговаго права. Проектъ, несомнѣнно, явился однимъ изъ эпизодовъ исторіи этой идеи, но эпизодомъ случайнымъ—безпочвеннымъ и безрезультатнымъ. Вотъ почему заимствованная мысль въ ея выполненіи во многихъ деталяхъ разнилась отъ образца.

Эта разница сказывается и въ подробностяхъ нормированія, напр. купли-продажи, въ порядкѣ и т. п. Но важнѣйшая разница, на которой мы здѣсь только и остановимся, заключается въ томъ, что русскому проекту торговаго права не извѣстенъ вопросъ о системѣ торговыхъ дѣйствій. § 1 проекта гласитъ: „купцами почитаются тѣ, коимъ дано право на сіе званіе силою существующихъ общихъ законовъ и частныхъ узаконеній“. Тогда какъ по 1 art. Code de commerce „купцами считаются тѣ, кто совершаетъ торговыя дѣйствія и дѣлаютъ изъ этого профессію“. Правда, въ опредѣленіи коммисіонера проектъ (§ 168) уже вводитъ моментъ торговыхъ сдѣлокъ, то же самое дѣлаетъ онъ при опредѣленіи понятія экспедитора (§ 204), извозчика (§ 235). Но общаго ученія о торговыхъ сдѣлкахъ мы не находимъ въ проектѣ. А что самое важное—не встрѣчаемся здѣсь съ понятіемъ объективной торговой сдѣлки, составляющемъ главную особенность Code de commerce. И это такъ легко объясняется отсутствіемъ въ проектѣ процессуальнаго права, до котораго не дошли

---

[21]) С. В. Пахманъ. Исторія кодификаціи гражданскаго права. Т. I (1876), стр. 390, 436.

[22]) Архивъ Государственнаго Совѣта. Т. IV. Журналъ по дѣламъ департамента законовъ СПБ. 1874, стр. 186—187. Проектъ напечатанъ въ приложеніи къ IV т.

авторы и въ которомъ именно—вслѣдъ за соотвѣтствующей частью Code de commerce была бы помѣщена система торговыхъ дѣйствій, пожалуй, даже съ объективной сдѣлкой во главѣ.

Проектъ 1814 г. не внесъ ничего въ исторію нашихъ торгово-правовыхъ постановленій, развитіе коихъ и продолжалось послѣ того прежнимъ порядкомъ, впрочемъ, какъ мы сейчасъ увидимъ, съ гораздо большимъ значеніемъ для идеи торговаго права, чѣмъ какое имѣлъ проектъ 1814 г. Въ 1824 г. [23]) издано было „дополнительное постановленіе объ устройствѣ гильдій и о торговлѣ прочихъ состояній". Пошлины являются главной темой этихъ постановленій, но въ нихъ не безъинтересно перечисленіе видовъ торговли, дозволенной разнымъ гильдіямъ, такъ какъ впослѣдствіи фискальный законъ будетъ не безразличенъ для опредѣленія области торговаго права. Т. о. постановленія 1824 г. продолжаютъ намѣчать систему торговыхъ дѣйствій. Купцамъ первой гильдіи дозволяется: 1) вести оптовый торгъ, 2) имѣть собственные корабли, 3) имѣть магазины, кладовыя, погреба для складки товаровъ, 4) имѣть фабрики и заводы всякаго рода, кромѣ заводовъ винокуренныхъ, 5) заниматься переводомъ денегъ... учетомъ векселей и вообще всякими банкирскими дѣлами, 6) имѣть страховыя конторы, 7) входить въ казенные подряды и откупа на всякую сумму, 8) заключать частные контракты и маклерскія условія на всякую сумму (гл. I § 1). Купцамъ третьей гильдіи (§ 7) дозволяется: 1) вести розничный торгъ, 2) имѣть свои корабли, 3) содержать разныя трактирныя заведенія, 4) содержать питейные дома и портерныя лавочки, 5) имѣть фабрики и заводы-кожевенные, сафьянные и др. Гл. VIII о мѣщанахъ и посадскихъ—отличаетъ торгующихъ мѣщанъ, предоставляя имъ право содержать лавки и гостинницы, ресторацiи, кофейные дома, трактиры, торговыя бани.

Можно отмѣтить, что этотъ законъ въ фискальныхъ цѣляхъ дозволяетъ купцамъ совершеніе извѣстныхъ торговыхъ и промышленныхъ операцій въ опредѣленномъ районѣ. Мы скоро увидимъ, что въ интересахъ процессуальныхъ воспользуются тѣмъ-же матеріаломъ и такъ-же распредѣлятъ эти операціи, но уже не по мѣсту платежа пошлинъ, а по мѣсту подсудности. Это именно и совершается въ Высочайше утвержденномъ учрежденіи коммерческихъ судовъ и устава ихъ производства [24]). „По особому свойству спорныхъ торговыхъ дѣлъ,

[23]) П. П. С. З., т. XXXIX, № 30115, 1824 г. ноября 14 (Павелъ I).

[24]) В. П. С. З., т. VII, № 5360, 1832 г. мая 14 д. (Николай I).

читаемъ мы въ указѣ Сенату: признано было еще въ 1727 году полезнымъ издать для производства ихъ особенное постановленіе подъ именемъ устава суда таможеннаго. Въ послѣдствіи времени дѣйствіе сего устава измѣнилось и тяжбы сего рода, бывъ отнесены частію къ вѣдомству магистратовъ, частію же надворныхъ судовъ, вмѣсто прежней особенно свойственной имъ формы, подчинены стали правиламъ судопроизводства общаго. Хотя измѣненіе сіе въ обыкновенномъ движеніи торговыхъ дѣлъ не произвело важныхъ и повсемѣстныхъ неудобствъ; но опытъ показалъ, что въ городахъ, обширную торговлю отправляющихъ, многосложные торговые споры, по мѣрѣ ея распространенія возрастая ежегодно, отъ сліянія ихъ въ однихъ мѣстахъ со множествомъ другихъ дѣлъ, часто подвергались значительнымъ затрудненіямъ". Неудобства отъ этого происходящія были предотвращаемы учрежденіями въ отдѣльныхъ мѣстахъ комм. судовъ [25]). А теперь признается необходимымъ „учредить коммерческіе суды вездѣ, гдѣ важность и пространство спорныхъ торговыхъ дѣлъ требовать могутъ".

Глава III учрежденія занята опредѣленіемъ „предметовъ и пространства вѣдомства" и въ общемъ является дѣйствующимъ правомъ. Обращаясь къ выясненію предѣловъ вѣдомства спорныхъ торговыхъ дѣлъ, имѣющихъ, по мнѣнію законодателя, „особое свойство", мы не можемъ не установить нѣкоторой преемственной связи между учрежденіемъ коммерческихъ судовъ—съ одной стороны, устава таможеннаго суда (1727) и выше отмѣченныхъ „дополнительныхъ постановленій"—съ другой. Глава III, составляющая содержаніе ст. 42 и сл. Устава судопроизводства торговаго сдѣлали то, чего не доставало русскому торговому законодательству, чтобы, хотя внѣшнимъ образомъ, приблизиться къ французскому и недостатокъ чего обусловилъ неудачу проекта торговаго уложенія. Глава III нашего закона попыталась дать (процессуальную) систему торговыхъ дѣйствій. Эта система, сведшая во едино исторически накоплявшійся матеріалъ, въ общихъ чертахъ такова.

„Къ вѣдомству коммерческаго суда—по § 31 гл. III—принадлежатъ: 1) Всѣ споры и иски по торговымъ оборотамъ, по векселямъ, договорамъ и обязательствамъ словеснымъ и письменнымъ, торговлѣ свойственнымъ, какъ между частными лицами всѣхъ состояній взаимно, такъ и по искамъ государственныхъ кредитныхъ установленій на

---

[25]) См. Г. Ф. Шершеневичъ. Система торговыхъ дѣйствій (1888), стр. 208 слл.

частныя лица. 2) Всѣ дѣла о торговой несостоятельности, къ какому бы званію ни принадлежали лица, въ оную впадшія... Первый пунктъ представляетъ наибольшій интересъ, такъ какъ онъ пытается классифицировать торговыя дѣйствія и именно по двумъ рубрикамъ: а) торговыхъ оборотовъ, б) обязательствъ и договоровъ, торговлѣ свойственныхъ. Торговыми оборотами—по § 32—признаются: 1) Всѣ роды торговли оптовой, розничной и мелочной, какъ свободной для всѣхъ состояній, такъ и ограниченной установленными свидѣтельствами. 2) Торговля фабричная и заводская, также лавочная, амбарная, магазинная и тому подобныя. 3) Торговая промышленность въ построеніи, покупкѣ, починкѣ и наймѣ кораблей и купеческихъ судовъ и въ отправленіи оныхъ. 4) Дѣла по купеческимъ приказамъ о закупкѣ, продажѣ, перевозкѣ и поставкѣ товаровъ, или такъ называемыя дѣла коммисіонныя, экспедиціонныя и маклерскія. 5) Денежные переводы на россійскіе и иностранные города, дѣла вексельныя и банкирскія". Къ обязательствамъ и договорамъ, торговлѣ свойственнымъ, (по § 33) принадлежатъ: 1) Дѣла по жалобамъ на купеческихъ приказчиковъ и лавочныхъ сидѣльцевъ, также на судовщиковъ, извозчиковъ товаровъ, артельщиковъ, браковщиковъ и на другія лица, по торговлѣ употребляемыя. 2) Дѣла по спорамъ и всякаго рода искамъ между товарищами торговаго дома, въ товариществѣ полномъ, т—ствѣ на вѣрѣ и т—ствѣ для особыхъ опредѣленныхъ дѣлъ и предпріятій. 3) Дѣла по торговымъ обязательствамъ, заключаемымъ при биржѣ посредствомъ маклерскихъ записокъ. 4) Дѣла по спорамъ и искамъ, возникающимъ изъ договоровъ, заключаемыхъ при торговыхъ отправленіяхъ между соучастниками въ построеніи, покупкѣ, починкѣ и фрахтѣ кораблей и купеческихъ судовъ, или сертепартіи, между хозяевами кораблей и судовъ и корабельщиками или судовщиками, между корабельщиками и корабельными служителями или водоходцами. 5) Дѣла по морскому застрахованію, аваріи, бодмереѣ и кораблекрушенію. Эта система была дополнена въ 1839 г. [26]), когда было постановлено, „что разсмотрѣніе дѣлъ по искамъ на цеховыхъ въ оборотахъ и обязательствахъ, торговлѣ свойственныхъ, принадлежитъ равномѣрно... коммерческому суду". Законодатель упустилъ изъ виду различіе, сдѣланное въ учрежденіи 1832 г. между оборотами—съ одной стороны, договорами и обязательствами, торговлѣ свойствен-

---

[26]) В. П. С. З., т. XIV, № 12430, 1839 г. іюня 10 (Николай I).

ными—съ другой, и потому въ Сводѣ законовъ изд. 1857 г., въ Уставѣ судопроизводства торговаго иски на цеховыхъ попали и подъ рубрику торговыхъ оборотовъ (ст. 1301), и спорныхъ дѣлъ по обязательствамъ и договорамъ, торговлѣ свойственнымъ (ст. 1302).

Послѣ учрежденія таможеннаго суда 1727 г. Уставъ 1832 явился первой по полнотѣ да и послѣдней попыткой отграниченія сферы торговаго права, если не считать положенія о сборѣ за право торговли и промысловъ 1865, которое во 2 ст. повторяетъ ту-же систему, хотя и не безъ измѣненія.

Т. о. имѣющія особенное свойство спорныя торговыя дѣла получили и опредѣленную классификацію, хотя эта система не только что остается процессуальной, но и стоитъ внѣ какой-либо связи съ торговымъ правомъ, представленнымъ пока отдѣльными законодательными актами. Въ этомъ существенное отличіе отъ рано-кодифицированнаго французскаго торговаго права. Поэтому-же, если французская система торговыхъ дѣйствій оказалась формой безъ достаточнаго содержанія, то у насъ этого соотвѣтствія было еще меньше и труднѣе было искать его въ виду отсутствія общаго кодекса.

Здѣсь было бы кстати обратиться къ крупному факту собиранія отдѣльныхъ законовъ не только торговыхъ, но и всякихъ другихъ, состоявшагося въ эпоху составленія Свода законовъ, если бы не нужно было отмѣтить еще нѣсколько уставовъ, появившихся именно въ періодъ между общимъ учрежденіемъ коммерческихъ судовъ и составленіемъ Свода. Здѣсь имѣется въ виду изданный въ 1832 г. и донынѣ дѣйствующій уставъ о торговой несостоятельности[27]) и новый вексельный уставъ 1832 г.[28]) на мѣсто устава 1729, оказавшагося „по опыту въ порядкѣ вексельныхъ взысканій слабымъ, а въ рѣшеніи споровъ во многихъ случаяхъ недостаточнымъ и затруднительнымъ“. Уставъ 1832 г. оговорилъ, что вексельныя дѣла принадлежатъ къ вѣдомству коммерческихъ судовъ.

Таковъ исторически накоплявшійся матеріалъ торговаго права.

Какъ относились къ этому матеріалу при многочисленныхъ попыткахъ составленія новаго уложенія, мало извѣстно [29]). Впервые и по

---

[27]) В. П. С. З., т. VII, № 5463, 1832 г. іюня 23 (Николай I).

[28]) В. П С. З., т. VII, № 5462, 1832 г. іюня 25 (Николай I).

[29]) Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ. СПБ. 1833, стр. 12—41. Исключеніе составляетъ восьмая коммисія 1767 г., когда не мало занимались во-

необходимости это отношеніе должно было опредѣлиться при составленіи Свода законовъ. Въ общей системѣ Свода [30])—въ книгѣ шестой должны были получить мѣсто уставы государственнаго благоустройства (государственное хозяйство). Въ ней заключаются: уставы кредитныхъ установленій, уставы о торговлѣ, о промышленности фабричной, заводской, ремесленной, уставы путей сообщенія, строительный, пожарный, о городскомъ и сельскомъ хозяйствѣ, о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ, о колоніяхъ иностранцевъ и т. д.

Книгѣ шестой предшествуютъ законы гражданскіе (кн. 5), а слѣдуютъ за ней—уставы благочинія.

Составители Свода, повидимому, не установили вполнѣ опредѣленнаго взгляда на торговое право, такъ какъ—съ одной стороны—они обособляютъ отъ гражданскаго уставы о торговлѣ, помѣщая ихъ въ законахъ о государственномъ благоустройствѣ; съ другой стороны они думаютъ [31]) объединить въ книгѣ законовъ гражданскихъ „все то, что въ иностранныхъ законодательствахъ составляетъ собственный предметъ гражданскаго уложенія (code civil, bürgerliches Gesetzbuch); во вторыхъ все то, что въ нихъ разумѣется подъ именемъ коммерческаго уложенія (code de commerce)...“. И приходится признать, что мысль объ объединеніи торговаго права съ гражданскимъ, высказанная съ такой опредѣленностью, не получила осуществленія. Уставы о торговлѣ, для коихъ мѣсто указано было въ законахъ государственнаго благоустройства, содержали въ себѣ и тотъ матеріалъ, какой относится къ „коммерческому уложенію“.

Учрежденія и уставы торговые въ Сводѣ законовъ 1833 г. распадаются на пять книгъ съ такимъ содержаніемъ: кн. I о правѣ на торговлю. Кн. II о торговыхъ обязательствахъ и договорахъ общихъ и разнымъ родамъ торговли свойственнымъ. Кн. III о договорахъ и обязательствахъ особенныхъ по торговому судостроенію и мореплаванію. Кн. IV о судопроизводствѣ по дѣламъ торговымъ. Кн. V о торговыхъ установленіяхъ.

Въ XI т. 2 ч. Свода законовъ изд. 1857 г. сохраняется заго-

просомъ о правахъ торговли и десятая коммисія 1804 г., составившая извѣстный намъ проектъ торговаго уложенія.

[30]) Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ (1833), стр. 116.

[31]) Объяснительная записка содержанія и расположенія свода законовъ гражданскихъ въ Архивѣ историческихъ и практическихъ свѣдѣній. Изд. Н. Калачева. Кн. 2. СПБ. 1859, стр. 4.

ловокъ „сводъ учрежденій и уставовъ торговыхъ“, но дается торговымъ законамъ и общее заглавіе: „уставъ торговый“.

Изданіе Свода законовъ, само собою разумѣется, не завершило праворазвитія и въ области торговли. Такъ уже въ 1834 г. появляется положеніе о купеческихъ книгахъ, каковыя „составляя существенную принадлежность благоустроенной торговли и способствуя къ сохраненію необходимаго въ оной довѣрія, представляютъ для самого торгующаго сословія средства съ одной стороны къ подтвержденію правъ своихъ въ случаѣ исковъ, а съ другой къ оправданію дѣйствій въ случаѣ непредвидѣннаго несчастія или упадка“ [32]). Въ 1836 г.[33]) явилось Высочайше утвержденное положеніе о компаніяхъ на акціяхъ, имѣющее цѣлью „доставить съ одной стороны сколь возможно болѣе свободы въ ея (промышленномъ) движеніи, а съ другой—оградить ее, по возможности, отъ послѣдствій легкомыслія и необдуманной предпріимчивости“. Впрочемъ, законодатель отнюдь не придаетъ акціонернымъ товариществамъ исключительно торговаго характера. „Компаніи на акціяхъ могутъ имѣть предметомъ приведеніе въ дѣйствіе всякаго, не составляющаго ни чьей исключительной собственности, общеполезнаго изобрѣтенія или предпріятія въ области наукъ, искусствъ, художествъ, ремеслъ, мореплаванія, торговли и промышленности вообще“ (п. 2). Хотя и преслѣдуетъ исключительно фискальныя цѣли, тѣмъ не менѣе представляетъ интересъ и для исторіи торговаго права вышеупомянутое изданное въ 1865 г. положеніе о сборѣ за право торговли и другихъ промысловъ [34]), вводящее новый терминъ „торговыхъ дѣйствій“. Законъ перечисляетъ цѣлый рядъ такихъ дѣйствій, всегда предполагая профессіональное ихъ совершеніе („содержаніе“ лавокъ, страховыхъ конторъ, ремесленныхъ заведеній и т. п.) (ст. 2). Въ 1885 году изданъ былъ Общій уставъ россійскихъ желѣзныхъ дорогъ [35]), каковымъ не заканчивается исторія торговаго права. Какъ въ 1833 г. изданіе Свода явилось гранью для двухъ эпохъ въ праворазвитіи, такъ и теперь—новая грань сдѣлала новое

[32]) В. П. С. З., т. IX (1), № 7187, 1834 г. іюня 14 (Николай I). Купеческія книги нормированы еще въ учрежденіи коммерческихъ судовъ—гл. IX, § 239—264 Въ Сводѣ законовъ изд. 1857 года купеческія книги занимаютъ разд. III, кн. I.

[33]) В. П. С. З., т. XI (2), № 9763, 1836 г. декабря 6 (Николай I).

[34]) В. П. С. З., т. XL, № 41779, 1865 г. февраля 9 (Александръ II).

[35]) Т. П. С. З., т. V, № 3055, 1885 г. іюня 12 (Александръ III).

подраздѣленіе, съ той крупной разницей отъ перваго, что то не имѣло никакого принципіальнаго значенія съ точки зрѣнія идеи торговаго права, это же послѣднее оказалось весьма важнымъ.

Можно сказать, что идея самостоятельнаго торговаго права никогда не получала такого опредѣленнаго выраженія, какое получила она при новомъ изданіи Свода законовъ въ 1887 г. Исходной мыслью кодификаторовъ, несомнѣнно, была идея самостоятельнаго торговаго права, идея—столь неясная, неопредѣленная на протяженіи всей исторіи нашего законодательства о торговлѣ, за то вполнѣ опредѣлившаяся во второй половинѣ истекающаго столѣтія подъ германскимъ вліяніемъ и въ практикѣ, и въ литературѣ.

Но провести идею самостоятельнаго торговаго права на столь невыдержанномъ матеріалѣ представлялось весьма затруднительнымъ. Уставы торговые прежде всего требовали очищенія ихъ отъ всего того, что на Западѣ давно уже не считалось принадлежностью торговаго права. Задача была тѣмъ затруднительнѣе, что французскій образецъ давно уже уступилъ мѣсто германскому, а примирить наше сословно-финансовое развитіе съ крайне развитой системой частнаго торговаго права германскаго было мудрено. Кодификаціонный отдѣлъ однако рѣшился на радикальную передѣлку Устава торговаго. Изъ Устава исключается вся первая книга изданія 1857 г.—о правахъ на торговлю. На мѣсто ея вводится ст. 2, устанавливающая право торговли для всѣхъ безъ различія состоянія и пола.

Изъ книги второй изд. 1857 г. выдѣляется въ особый отдѣлъ уставъ о векселяхъ.

Обособляется уставъ судопроизводства торговаго. Выдѣляются статьи, составляющія теперь особый уставъ консульскій.

Такимъ образомъ, Уставъ торговый очищается отъ сословно-фискальныхъ постановленій и обособляется отъ процессуальныхъ законовъ, отъ законовъ о несостоятельности и вексельнаго права. Только вліяніемъ германскаго права и можно объяснять это категорическое обособленіе торговаго права отъ вексельнаго и главное: отъ всякихъ нормъ публичнаго права. Уставъ торговый отдѣляется отъ судопроизводства торговаго. Это значитъ, что процессуальная система торговыхъ дѣйствій болѣе не обязательна для Устава торговаго. Исходя изъ особенныхъ соображеній цѣлесообразности, процессуальный законъ можетъ руководствоваться при опредѣленіи подсудности совсѣмъ иными соображеніями, чѣмъ тѣ, какія полагаются въ основаніе ма-

теріальной системы торговыхъ дѣйствій (ср. ст. 44, 46 уст. торг. судопр.). Это строгое разграниченіе торговыхъ дѣлъ (Handelssache) матеріальныхъ отъ процессуальныхъ получило особенное значеніе у насъ съ изданіемъ 1887 г. И издатели Свода законовъ 1887 г., очевидно, упустили изъ виду это неизбѣжное послѣдствіе отдѣленія Устава судопроизводства отъ Устава торговаго. Практика должна была бы оказаться въ крупномъ затрудненіи, оставшись съ Уставомъ торговымъ безъ системы торговыхъ дѣйствій. Этого однако не случилось—по той простой причинѣ, что система торговыхъ дѣйствій была и была бы, если бы ее перенести изъ процессуальнаго кодекса въ Уставъ торговый,—формой уже безъ всякаго содержанія. Аналогичное положеніе мы констатировали для Франціи. Въ высшей степени оно справедливо и относительно Россіи.

Въ самомъ дѣлѣ, если мы обратимся къ содержанію Устава торговаго въ изд. 1887 г., то въ кн. I о договорахъ и обязательствахъ, торговлѣ свойственныхъ, не найдемъ ничего, кромѣ нормъ для приказчиковъ и немногихъ положеній товарищескаго права. Важнѣйшая же группа торговыхъ отношеній—по терминологіи Устава судопроизводства торговаго—„торговые обороты“ совершенно не отразились въ Уставѣ торговомъ. Кн. II посвящена морской торговлѣ, а кн. III—торговымъ установленіямъ.

Эта то скудость содержанія дѣлаетъ безразличнымъ отсутствіе всякой системы торговыхъ дѣйствій. И статьи Устава судопроизводства торговаго, обязательныя до 1887 года и для Устава торговаго, служатъ теперь лишь одной весьма опредѣленной цѣли—отграниченію компетенціи коммерческихъ судовъ тамъ, гдѣ таковые существуютъ. Если бы кодификаторы 1887 г. вспомнили о системѣ торговыхъ дѣйствій и захотѣли ввести таковую въ Уставъ торговый, то пришлось бы пересмотрѣть все содержаніе послѣдняго и на три четверти увеличить его.

Впрочемъ, все это не мѣшало посильному проведенію въ Уставѣ идеи самостоятельнаго торговаго права. Наличность этого намѣренія при изданіи XI т. 1 ч. въ 1887 г. очевидна изъ 1-же ст. Устава, статьи новой, вновь сочиненной[36]). По 1 ст. „права и обязанности, проистекающія изъ сдѣлокъ и отношеній торговлѣ свойственныхъ, опредѣляются законами торговыми. Въ случаѣ недостатка этихъ за-

---

[36]) Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 72.

коновъ примѣняются законы гражданскіе и принятые въ торговлѣ обычаи".

Эта статья, конечно, не имѣетъ историческихъ корней, но она выражаетъ идею, которой—подъ вліяніемъ Запада—законодатель никакъ не могъ избѣжать и съ которой на протяженіи всей исторіи такъ или иначе сталкивался. Нужно было, наконецъ, или рѣшительно порвать съ этой идеей, или признать ее опредѣленно. Это послѣднее и сдѣлали кодификаторы изданія 1887 г.

Они рѣзко разграничили права гражданское и торговое. Они обособили торговое право матеріальное отъ процессуальнаго, признавъ тѣмъ самымъ возможность примѣненія торговаго закона и обычая въ общихъ судахъ [37]). Они—по германскому образцу—занялись опредѣленіемъ порядка примѣненія нормъ къ торговымъ отношеніямъ, хотя и установили иной порядокъ [38]), чѣмъ тотъ, какой принятъ въ германскомъ уложеніи и какой выработанъ французской практикой: идея самостоятельнаго торговаго права не получила окончательнаго развитія безъ всякаго ущерба даже и для русскаго торговаго права, въ скудости котораго мы уже достаточно убѣдились.

Первая часть XI т. Свода законовъ изд. 1887 г. пополнилась съ изданіемъ положенія о товарныхъ складахъ 1888 г. и по изд. 1893 г. является дѣйствующимъ закономъ. Въ развитіи же идеи торговаго права 1887 г. былъ рѣшительнымъ и въ томъ смыслѣ, что дальнѣйшихъ шаговъ въ этомъ смыслѣ законодателемъ не было сдѣлано.

За то русская литература торговаго права—съ 1887 г. получаетъ значительное развитіе [39]), указывающее на то, что идея самостоятельнаго торговаго права укрѣпилась и у насъ, хотя и не осталась безъ протеста,—но объ этомъ нѣсколько позднѣе.

—

[37]) Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 72, 82.

[38]) Русскіе юристы различно понимаютъ ст. 9 устава торговаго — см. сводъ мнѣній у Г. Ф. Шершеневича. Курсъ торговаго права (1899), стр. 71 сл. и у проф. Азаревича. Очерки по торговому праву. В. I. Варшава. 1897, стр. 43 слл.

[39]) См. перечень болѣе старой литературы у г. Башилова. Русское торговое право. Вып. I (1887), стр. 39 слл., болѣе новой — у Г. Ф. Шершеневича въ Курсѣ и учебникѣ (1899) и въ Наукѣ гражданскаго права въ Россіи. Казань. 1893 г. стр. 191 194.

Подводя итогъ развитію идеи торговаго права въ Россіи, мы должны сказать, что идея эта, чуждая, быть можетъ, общественному правосознанію, но не законодательству, выразилась въ рядѣ уставовъ. Но въ русской исторіи не было ни одного изъ тѣхъ (постороннихъ) основаній для ея крайняго развитія, какія наблюдали мы во Франціи и Германіи. Въ виду этого означенная идея всегда отличалась неопредѣленностью и не могла получить достаточнаго обоснованія въ изданіи Устава торговаго 1887 г. по причинѣ скудости матеріала. Только спеціальная литература, подъ западноевропейскимъ вліяніемъ, сдѣлала попытку создать русское торговое право, какъ самостоятельную систему, будучи вынуждена искать для того матеріалъ больше въ судебныхъ рѣшеніяхъ и иностранныхъ кодексахъ, чѣмъ въ русскихъ законахъ или обычаяхъ.

ТРЕТІЙ ПЕРІОДЪ.

Сближеніе торговаго права съ гражданскимъ.

---

§ 1. Попытки сближенія.

Въ настоящемъ третьемъ періодѣ, протекающемъ на нашихъ глазахъ, совершается реакція идеи самостоятельнаго торговаго права и даже, можно сказать, окончательная реализація этой идеи.

Чтобы вполнѣ оцѣнить это новое направленіе въ наукѣ торговаго права, полезно припомнить то крайнее развитіе нашей идеи, какое наблюдали мы въ періодъ французско-германскій, продолжающійся въ господствующемъ направленіи и до сихъ поръ. Кодексы торговаго права, а больше всего спеціальная литература раскрываютъ передъ нами картину полной разъединенности между двумя системами частнаго права, нормирующими двѣ независимыя сферы отношеній, и потому проникнутыми различными принципами. Съ точки зрѣнія, господствующей въ литературѣ, торговое право не исключеніе изъ гражданскаго, а право особенное, спеціальное, независимое отъ гражданскаго. Два догмата должны руководить коммерціалистомъ: экономическое освѣщеніе вопросовъ изучаемой области и полная независимость торговаго права отъ права гражданскаго оборота [1]). Важнѣйшими особенными принципами торговаго права явля-

---

[1]) Vidari. Corso di diritto commerciale. V. I (1888), стр. 59, особ. 62, 65. Delamarre et Lepoitvin. Traité theoretique et pratique de droit commercial. Paris.

ются – свобода договора, свобода волеизъявленія, строгость взысканій, господство формализма (абстрактныя обязательства) и космополитичность. Ему присущъ цѣлый рядъ сдѣлокъ, торговыхъ по своей природѣ, или возникшихъ въ торговлѣ, по крайней мѣрѣ, въ торговлѣ развившихся. Оно знаетъ, наконецъ, институты, чуждые гражданскому праву, каковы прокура, фирма, товарищеское имущество, протестъ, торговое предпріятіе [2]).

Все это исходныя мысли и выводы современнаго торговаго права, представляющаго собой по развитію законодательствъ и особенно спеціальной литературы въ разныхъ странахъ — обширный предметъ, ознакомленіе съ содержаніемъ каковаго выходитъ за предѣлы нашей задачи. Пока для насъ совершенно достаточно отмѣтить чисто-догматическій взглядъ, установившійся въ господствующей литературѣ, для которой самостоятельное и независимое существованіе торговаго права есть praesumtio juris et de jure. Этотъ предустановленный взглядъ опредѣлилъ собой направленіе всѣхъ изслѣдованій не только догматическихъ, но и историческихъ.

Вотъ почему не теорія въ собственномъ смыслѣ слова, а законодательная практика прежде всего отнеслась критически къ идеѣ самостоятельнаго торговаго права. Она сдѣлала это подъ вліяніемъ практическихъ соображеній, но несомнѣнно, что ею руководили при этомъ очевидные историческіе факты, игнорировавшіеся литературой.

1861. Т. I, § III, стр. 37 слл. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 7.— Иначе ставятъ вопросъ такіе французскіе юристы, какъ Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. I (1889), стр. 64 слл. Massé. Le droit commercial dans le rapports avec le droit des gens et le droit civil. T. III (1874), № 1440 слл.

[2]) Все это является обязательной характеристикой торговаго права у всѣхъ авторовъ. Vidari. Corso di diritto commerciale. 3 ed. V. I. Milano. 1888, стр. 43: особенности торговаго права—„universita“, „unita“, „equita“, „liberta“, „rapidita“ и „rigore“. См. еще Goldschmidt. Universalgeschichte (1891), стр. 11. Endemann. Das deutsche Handelsrecht (1887), стр. 33. Особ. Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts (1886), § 6. v. Canstein. Lehrbuch des oesterreichischen Handelsrechts (1895), § 5, стр. 40. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 6 — 7. Thaller. Traite élémentaire (1898), стр. 3, 463 (§ 825). Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 13 –16. Азаревичъ. Очерки по торговому праву (1897). В. I, стр. 36.— Что касается космополитичности, то она должна быть относима на счетъ вообще обязательственнаго права, а не торговаго только. Но этотъ признакъ вообще не имѣетъ широкаго примѣненія, ограничиваясь пока такими областями, какъ перевозка, вексель и аварія. См. Cohn. Drei Rechtsw. Vorträge (1888), III отдѣлъ.

Съ этой точки зрѣнія можно сказать, что реакція подготовлялась давно, она шла параллельно съ развитіемъ идеи торговаго права, выражаясь въ неустанномъ расширеніи области дѣйствія этого права на счетъ всего экономическаго оборота, что называется въ спеціальной литературѣ расширеніемъ экономическаго понятія торговли до юридическаго.

Простѣйшій и древнѣйшій видъ торговли есть покупка и продажа физическихъ вещей безъ измѣненія ихъ вида съ цѣлью полученія выгоды. Парижскіе торговые суды въ 1215 г. разбираютъ споры de rebus mobilibus et mercibus mobilibus quas suprascripti mercatores inter se emunt et vendunt seu permutant gratia lucri acquirendi. Первое расширеніе этого первоначальнаго вида торговли производятъ деньги и ихъ суррогаты, довольно рано фигурирующія въ качествѣ товара. Какъ въ церковныхъ книгахъ (unde super omnes mercatores plus maledictus est usurarius), такъ и въ статутахъ (напр. Placentiae 1263) банкиры и мѣнялы называются купцами. Все это пока торговля въ собственномъ смыслѣ слова. Но уже довольно рано къ ней примыкаютъ и въ одномъ понятіи объединяются различные виды экономической дѣятельности, имѣющіе вспомогательное отношеніе къ собственно—торговлѣ; таковы—перевозка, маклерство, коммисіонерство, страхованіе. Дальнѣйшее расширеніе юридическаго понятія торговли происходитъ на счетъ обработывающей промышленности, въ каковой идетъ не только обмѣнъ товаровъ, но и спекулятивное „посредничество“ трудомъ. А отсюда такъ недалекъ переходъ къ сдѣлкамъ, въ которыхъ трудъ является единственнымъ объектомъ—таковы обработка чужого матеріала, типографскій промыселъ, издательство, антреприза, услуги по найму квартиръ, прислуги и т. д. Понятіе торговли расширилось т. о. почти на всю область экономическихъ отношеній. Оставалась внѣ этого понятія недвижимость, такъ какъ она, по ученію коммерціалистовъ, не подходитъ подъ понятіе товара. Не могло однако не обнаружиться, что и купцы, имѣющіе какой либо промыселъ, ради этого послѣдняго вынуждены совершать сдѣлки по недвижимости. При всеобъемлемости торговаго права казалось неудобнымъ не подчинить ему и эти сдѣлки по недвижимости, въ качествѣ побочныхъ для промысла. Но что самое главное, нельзя было отрицать факта существованія спекулятивнаго посредничества въ пріобрѣтеніи домовъ, земель. И вотъ итальянскій законодатель 1882 г. впервые рѣшился назвать товаромъ и недви-

жимость. Внѣ торговаго оборота остались добывающая промышленность, лѣсное и сельское хозяйство. Согласно завѣтамъ средневѣковыхъ статутовъ и итальянскихъ юристовъ эти области, казалось, безспорно и безусловно были исключены изъ компетенціи спеціальнаго права. Но германское торговое уложеніе 1897 г. разрушило и эту послѣднюю традицію.

Такъ шло постепенное расширеніе экономическаго понятія торговли до юридическаго. Лежитъ ли причина такого распространенія сферы дѣйствія торговаго права въ стремленіи отдѣльныхъ областей экономической дѣятельности подпасть подъ привилегированное право, или государство хотѣло такимъ путемъ подчинить эти сферы болѣе строгимъ нормамъ—это пока безразлично. Можно даже признать одновременное дѣйствіе обоихъ факторовъ. Важно лишь то, что въ этомъ расширеніи понятія торговли сказался протестъ противъ съуженія сферы торговаго права, обнаружилась тенденція къ сближенію отношеній, нормируемыхъ спеціальнымъ правомъ съ отношеніями права гражданскаго.

Наблюдая за описаннымъ историческимъ теченіемъ, законодательство и литература не могли не признать условности и относительности раздѣленія оборота на торговый и гражданскій и системы частнаго права на двѣ самостоятельныя области. Насколько далеко шло признаніе близости двухъ системъ, сказать опредѣленно мудрено, но оно довольно рано, какъ сказано, подъ вліяніемъ практическихъ потребностей, реализовалось въ объединеніи этихъ системъ въ одномъ уложеніи.

О прусскомъ Земскомъ уложеніи 1794 г. здѣсь можно и не говорить. Любопытно отмѣтить, что появленію германскаго уложенія 1861 г. предшествовали нѣкоторыя колебанія; и, можно думать, мысль о созданіи единаго гражданскаго уложенія не была чужда тогдашнимъ руководителямъ въ кодификаціонной дѣятельности [3]). А затѣмъ, вслѣдъ за изданіемъ германскаго уложенія, отдѣльныя нѣмецкія правительства, которымъ необходимо было издать особые законы о введеніи уложенія въ дѣйствіе въ предѣлахъ даннаго государства, обнаружили вполнѣ очевидное намѣреніе распространить торговое уложеніе, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ его частяхъ, на весь

---

[3]) Goldschmidt. Die Kodification des Deutschen burgerlichen und Handels-Rechts въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. 20 Bd. (1875), стр. 135, ср. 139.

гражданскій оборотъ. Такъ, напр., вюртембергскій законъ 13 августа 1865 г. въ Art. 4 распространяетъ дѣйствіе торговаго права на тѣхъ лицъ, которыя профессіонально и въ видѣ купеческаго предпріятія занимаются отчужденіемъ предметовъ собственнаго производства—сдѣлки, по общему правилу исключаемыя изъ числа торговыхъ. Бременскій законъ между прочимъ распространилъ на весь оборотъ дѣйствіе четвертой книги—о торговыхъ сдѣлкахъ. Гамбургскій законъ призналъ пригодными для всего оборота Art. 278—336 торговаго уложенія. Таковы немногіе примѣры, далеко не исчерпывающіе всѣхъ случаевъ объединенія оборотовъ торговаго съ гражданскимъ въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ государствахъ [4]).

Но съ наибольшей полнотой идея единаго уложенія была осуществлена впервые въ Швейцаріи въ 1855 г.[5]), когда Блюнчли редактировалъ для Цюриха обязательственное право [6]). Затѣмъ [7]) послѣдовалъ рядъ кодексовъ объединеннаго гражданскаго права: въ Нижней Канадѣ—гражданское уложеніе 1866, въ Калифорніи—гражданское уложеніе 1873 г., въ Швейцаріи—союзный законъ объ обязательствахъ 1881 г., наконецъ, въ Россіи—проектъ обязательственнаго права 1899 г.

Таковъ краткій перечень внѣшнихъ событій новѣйшей исторіи торговаго права. Любопытно, что во всѣхъ указанныхъ случаяхъ гражданское право являлось главной цѣлью, изъ которой исходили и ради которой предпринимали пересмотръ торговаго права. Идея самостоятельнаго и незазисимаго торговаго права подвергалась при этомъ испытанію и во всѣхъ случаяхъ оказывалась въ значительной степени искусственно развитой. Въ самое недавнее время подобному испытанію и при той же обстановкѣ подвергалась наша идея и въ Германіи, гдѣ при выработкѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія преполагалось воспользоваться торговымъ правомъ и примирить между собой два кодекса. Результатомъ этой работы явилось

---

[4]) Riesser. Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen, auf den Entwurf. Stuttgart. 1894, стр. 73–84.

[5]) Еще ранѣе, въ первой трети нашего вѣка, въ гражданскіе кодексы отдѣльныхъ кантоновъ Швейцаріи вводились и нормы торговаго права. Гельбке. Торговое право и гражданское уложеніе СПБ. (1884), стр. 38.

[6]) Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich. III Bd. Forderungen und Schulden.

[7]) См. Гельбке. Торговое право и гражданское уложеніе (1884), стр. 33 сл.

перенесеніе изъ торговаго уложенія 1861 г. въ новое гражданское уложеніе цѣлаго ряда нормъ, получившихъ теперь общее значеніе и, вообще говоря, замѣчательное сближеніе двухъ областей частнаго права, раздѣленныхъ прежде рѣзкой гранью, а теперь поставленныхъ въ зависимое отношеніе [8]). И не смотря на такое сопоставленіе двухъ системъ частнаго права, самостоятельное существованіе торговаго уложенія было предрѣшено еще въ періодъ составленія гражданскаго кодекса [9]). Вслѣдъ за появленіемъ этого послѣдняго (1896) было пересмотрѣно и издано новое торговое уложеніе. Чѣмъ объясняется такое рѣшеніе вопроса, тѣмъ болѣе удивительное, чѣмъ шире область сомнѣній въ цѣлесообразности существованія особыхъ кодексовъ торговаго права? Германія остается среди новыхъ кодификацій въ меньшинствѣ, несомнѣнно, по историческимъ воспоминаніямъ, какія связываются съ происходившимъ въ 1861 г. объединеніемъ „національныхъ" принциповъ въ торговомъ уложеніи [10]). Объясняется оно далѣе—сильными традиціями, укрѣпленными литературой, получившей блестящее развитіе какъ разъ съ появленіемъ уложенія 1861 г. Мысль—создать единое гражданское уложеніе, существовавшая, какъ мы видѣли, еще въ 1873 г., не могла по этимъ именно причинамъ получить осуществленія.

Подобныхъ препятствій не было въ Швейцаріи, которой суждено было въ остальномъ оказать несомнѣнное вліяніе на германское гражданское уложеніе [11]). Ихъ не существовало и для авторовъ русскаго проекта обязательственнаго права, которые тѣмъ легче послѣдовали за швей-

---

[8]) Торговый судья при рѣшеніи торговыхъ дѣлъ долженъ обращаться порой и къ гражданскому уложенію. Съ точки зрѣнія установившихся взглядовъ это, конечно, недостатокъ, на который и было уже указано въ литературѣ, см. Schirrmeister. Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht, въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. XLVIII Bd. (1899), стр. 425.

[9]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin. 1897, стр. 1 сл.

[10]) Ср. Materialen zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich. Berlin. 1897. Stenogr. Berichten., рѣчи ораторовъ при первомъ чтеніи проекта въ рейхстагѣ, стр. 159 (247), 169 (257), 177 (265) Та же мысль — Verhandlungen des 23 Deutschen Handelstages zu Berlin. Stenogr. Bericht. Berlin. 1896, стр. 1, ср. 3 (опасеніе возврата къ партикуляризмамъ).

[11]) Авторы закона 1881 г., конечно, напрасно искали оправданій для такого объединенія въ демократическомъ характерѣ государственныхъ учрежденій и всего народа Швейцаріи. См. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XXIX Bd. (1883), стр. 114.

царскимъ законодателемъ, что были вполнѣ убѣждены „въ исторически-сложившемся у насъ единствѣ гражданскаго права“ [12]).

За законодательствами пошла и литература, довольно рано сдѣлавшая попытку внѣшняго объединенія двухъ системъ [13]). Это объединеніе было внѣшнимъ, потому что авторы продолжали дѣлить правоотношенія по ихъ природѣ на классы: общія, торговыя и промышленныя, изъ коихъ каждое имѣетъ свои особенности [14]), или различать обязательства простыя и квалифицированныя (торговыя) [15]).

Сравнительно уже въ позднее время въ литературѣ начинается настоящая реакція противъ крайняго развитія идеи спеціальнаго торговаго права, и высказываются категорическіе голоса за объединеніе его съ общегражданскимъ. Такъ уже Alauzet [16]) рѣшительно возражаетъ Fremery и Delamarre et Lepoitvin, пытающимся провести самую рѣзкую границу между торговымъ правомъ и гражданскимъ. Съ точки зрѣнія теоретической, говоритъ Alauzet: можно желать, чтобы одинъ и тотъ же законъ существовалъ какъ для отношеній гражданскихъ, такъ и для торговыхъ: что хорошо для одного, должно быть хорошо и для другого, и если ходъ цивилизаціи опредѣлилъ раздѣленіе законовъ, то новый прогрессъ поведетъ ихъ къ единству.

Новая итальянская литература такъ же имѣетъ сторонниковъ объединенія торговаго права съ гражданскимъ въ одномъ кодексѣ, особенно въ лицѣ римскаго проф. Cesare Vivante, который въ вступительной рѣчи въ декабрѣ 1898 г. раздѣлялъ въ своемъ лицѣ про-

---

[12]) Гражданское уложеніе. Кн. V. Обязательства. Проектъ Высочайше учрежденной Редакціонной Коммисіи по составленію Гражданскаго Уложенія. Т. II. Съ объясненіями. СПБ. 1899, стр. XXIX. Въ дальнѣйшемъ будетъ цитироваться сокращенно: Обязательства. Проектъ съ объясненіями...

[13]) Такъ, Runde—уже въ 1791 г., Danz—1796—1823, Mittermaier—1821, Eichhorn—1823, Dieck—1826, Ortloff, Philipps, Maurenbrecher, Walter 1828—1835, v. Gerber—1848, Hillebrand—1864, Bluntschli—1853, Gengler, Beseler, Walter, Windscheid, Stobbe, Förster, Dernburg, Roth, Kirchstetter, Siebenhaar, Böhlau, Post. См. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 199 сл. Во Франціи Troplong, въ Россіи Кавелинъ, К. П. Побѣдоносцевъ (Курсъ. 3 ч., изд. 2, стр. 323).

[14]) Gerber. System des Deutschen Privatrechts 3-e Aufl. 1852, стр. 359.

[15]) Hillebrand. Lehrbuch d. h. g. d. Privatrechts mit Einschluss des Handels und Lehenrecht. 2 Aufl. 1865, стр. 349, 404 слл.

[16]) Alauzet. Commentaire du Code de commerce. T. I. Цит. 2-е изд. 1868, стр. 22 (1-е изд. 1856—7).

фессора торговаго права, изучающаго область своей спеціальности, и гражданина, желающаго единаго закона, исходящаго изъ соображеній о высшихъ интересахъ [17]).

Въ нѣмецкой литературѣ Endemann признаетъ происхожденіе гражданскаго и торговаго права изъ одного источника и единственной причиной самостоятельнаго существованія торговаго права считаетъ состояніе права гражданскаго [18]). А въ самое послѣднее время близость и даже единство двухъ системъ, утратившихъ прежнюю рѣзкую границу,—признаетъ Cosack, допускающій и общность принциповъ двухъ правъ [19]).

Но нигдѣ, быть можетъ, идея объединенія торговаго права съ гражданскимъ не получила такого развитія, какъ въ русской литературѣ. Это обстоятельство легко объясняется позднимъ признаніемъ у насъ особаго предмета и каѳедры торговаго права (1883) [20]), а слѣдовательно и непродолжительнымъ вліяніемъ нѣмецкой литературы. Нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что еще въ 1875 г. проф. Малышевъ [21]) весьма осторожно высказался относительно разъединенія двухъ системъ частнаго права, предостерегалъ отъ увлеченія идеей особой системы, высказывалъ убѣжденіе, что исторія нашей страны не выработала противоположности между гражданскимъ и торговымъ правомъ. Признавая полезнымъ особое изслѣдованіе вопросовъ торговаго права, авторъ думаетъ ввести результаты изученія въ общую систему гражданскаго права. Въ слѣдующемъ 1876 году проф. С. В. Пахманъ съ еще бо́льшей опредѣленностью проводитъ

---

[17]) Vivante. I difetti sociali del codice di commercio въ La Riforma Sociale. 15 Gennaio 1899, стр. 29. Онъ же въ Archivio giuridico XXXIX и Trattato teorico pratico di diritto commerciale. V. I (введеніе). Критику итальянской теоріи см. у Pappenheim въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. 44 B. (1896), стр. 301 сл. (право должно дифференцироваться соотвѣтственно дифференціаціи жизненныхъ отношеній). Литературу вопроса см. у Goldschmidt'a. Universalgeschichte (1891), стр. 10 и у Riesser'a. Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf. Stuttgart. 1894, стр. 69. Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 9, 50 пр. Cohn. Drei Rechtswissenschaftliche Vorträge (1888), стр. 65.

[18]) Endemann. Das deutsche Handelsrecht (1887), стр. 11.

[19]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 9.

[20]) Г. Ф. Шершеневичъ. Наука гражданскаго права въ Россіи. Казань. 1893, стр. 191 сл.

[21]) Кр. Малышевъ. Объ ученой разработкѣ торговаго права въ Россіи, въ Журналѣ Гражд. и Угол. права. 1875, кн. 6, ср. стр. 51, 53.

мысль объ объединеніи торговаго права съ гражданскимъ въ одномъ уложеніи, а потомъ продолжалъ развивать ее въ 1882 г. „Что же касается разнообразныхъ сдѣлокъ, договоровъ и обязательствъ, относящихся къ дѣламъ торговымъ вообще и къ морской торговлѣ въ частности, говоритъ проф. Пахманъ: то, какъ постановленія о нихъ составляютъ лишь видоизмѣненіе общихъ гражданскихъ институтовъ, они могли бы весьма удобно войти въ составъ гражданскаго уложенія“ [22]). Въ смыслѣ объединенія торговаго и гражданскаго права въ одномъ (гражданскомъ) уложеніи высказался В. Ф. Гельбке [23]), который полагаетъ, что „торгопромышленный характеръ дѣйствій, сдѣлокъ и отношеній—и есть то, что должно составлять особое содержаніе торговаго права отъ общегражданскаго“ (стр. 88). Реформа въ области гражданскаго уложенія должна „опредѣлить тѣ особенности, которыя слѣдуетъ установить для общегражданскихъ юридическихъ дѣйствій, когда они являются дѣйствіями торгово-промышленными“. Эти особенности или „исключенія изъ этихъ (имѣющихся уже въ гражданскомъ уложеніи) правилъ, т. е. торгово-частное право, найдетъ самое подобающее мѣсто въ текстѣ или примѣчаніяхъ къ подлежащимъ статьямъ гражданскаго уложенія“ (стр. 92). Но наиболѣе рѣшительно и въ иномъ смыслѣ высказался за объединеніе торговаго права съ гражданскимъ проф. Г. Ф. Шершеневичъ [24]), объясняющій современное раздѣленіе частнаго права на двѣ отрасли тремя причинами: 1) историческими традиціями, 2) несоотвѣтствіемъ нормъ гражданскаго права новѣйшимъ условіямъ жизни, 3) законодательной подражательностью. Торговое право, какъ болѣе чуткое къ требованіямъ жизни, лучше удовлетворяетъ ихъ—отсюда всѣ особенности этого права (64—91), которыя могутъ и должны стать достояніемъ гражданскаго права. Этого требуетъ общественный интересъ“ (99, 102).

---

[22]) С. В. Пахманъ. Исторія кодификаціи гражданскаго права. Т. II СПБ 1876, стр. 26. С. В. Пахманъ. Къ вопросу о предметѣ и системѣ русскаго гражданскаго уложенія въ Журналѣ Гр. и Уг. права. 1882, кн. VIII, стр. 202—203.

[23]) В. Ф. Гельбке. Торговое право и гражданское уложеніе. Къ вопросу о предметѣ и системѣ русскаго гражданскаго уложенія. СПБ. 1884.

[24]) Г. Ф Шершеневичъ. Система торговыхъ дѣйствій. Казань. 1888 г. Тѣ же мысли высказываются авторомъ въ его Учебникѣ торговаго права (1899), стр. 11—12 и Курсѣ (1899), стр. 8, 49—50.

Въ этомъ требованіи полнаго объединенія и даже, можно сказать, сліянія торговаго права съ гражданскимъ—критическое отношеніе къ спеціальному праву торговли проявилось въ наивысшей степени.

---

§ 2. Предѣлъ сближенія.

Изъ краткаго обзора литературы уже можно видѣть, что цѣль и задачи объединенія торговаго права съ гражданскимъ могутъ быть формулированы двоякимъ образомъ: или можно задаваться цѣлью объединенія торговаго права съ гражданскимъ въ одномъ уложеніи, а слѣдовательно и въ одной системѣ; или-же можно идти дальше—до полнаго сліянія торговаго права съ гражданскимъ безъ какого-либо различія между оборотами общимъ и торгово-промышленнымъ. Второе предполагаетъ полное единство принциповъ, нормъ, сдѣлокъ и институтовъ для всего оборота; первое допускаетъ существованіе нормъ особенныхъ, являющихся исключеніями изъ общихъ правилъ. Второе стремится къ единству и цѣлости въ частномъ правѣ; первое преслѣдуетъ интересы системы и чисто-практическія удобства—единство кодекса родственныхъ нормъ.

Въ какомъ-же изъ указанныхъ двухъ направленій совершается сближеніе и объединеніе торговаго права съ гражданскимъ въ изучаемомъ нами третьемъ періодѣ?

Три новѣйшія кодификаціи, представляющія для насъ наибольшій интересъ,—швейцарская, германская и русская, не преслѣдуютъ исключительно ни той, ни другой цѣли, когда, сохраняя отдѣльное торговое уложеніе (Германія), стремятся лишь согласовать предписанія торговаго права съ гражданскимъ [1]); или когда считаютъ „составленіе одного общегражданскаго уложенія желательнымъ въ интересахъ единства и цѣлости системы гражданскаго права, въ видахъ сближенія и примиренія общегражданскихъ началъ съ торговыми и устраненія неизбѣжныхъ, въ противномъ случаѣ, противорѣчій, пропусковъ и повтореній“ [2]). И авторы этихъ кодификацій достигаютъ

---

[1]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Berlin. 1897, стр. 1 сл. Ср. предисловіе къ русск. изд. швейцарскаго союзнаго закона объ обязательствахъ 14 іюня 1881 г. СПБ. 1891, стр. XV.

[2]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I. СПБ. 1899, стр. XXXVI.

извѣстныхъ результатовъ въ томъ и другомъ отношеніи. Соотвѣтственно отмѣченной ранѣе разницѣ во внѣшней формѣ объединенія, эти результаты различны въ отдѣльныхъ кодексахъ. Если въ Германіи переносятся изъ торговаго уложенія въ гражданское принципы, считавшіеся до сихъ поръ спеціально торговыми, то въ Швейцаріи и Россіи, сверхъ того, дѣлается попытка ввести въ общее обязательственное право всѣ сдѣлки и институты, составляющія, по господствующему мнѣнію, достояніе торговаго права. Но ни одинъ законодатель не сдѣлалъ попытки полнаго сліянія торговаго права съ гражданскимъ, установленія нормъ, одинаково примѣнимыхъ къ обороту торгово-промышленному и общегражданскому. Развитая въ литературѣ мысль о полномъ устраненіи дуализма не получила осуществленія.

Почему? Гдѣ предѣлъ, котораго не перешли законодатели и который, по справедливости, долженъ на всегда сохранить свое значеніе? Мы подходимъ къ тому элементу торговаго права, который всегда оказывалъ крупное вліяніе на праворазвитіе, сначала, скрываясь въ гильдейской матрикуляціи статутовъ, затѣмъ, съ бо́льшей отчетливостью выступая у итальянскихъ юристовъ, потомъ, занявъ видное мѣсто въ новой субъективно-объективной системѣ торговыхъ дѣйствій, наконецъ, въ новѣйшихъ законодательствахъ сдѣлавшись единственнымъ моментомъ, опредѣляющимъ юридическое понятіе торговли и сферы дѣйствія торговаго права.

Этотъ постоянный элементъ, являющійся единственнымъ результатомъ развитія особаго права торговли и промысла, элементъ не только сохраняющій все свое значеніе, но и пріобрѣтающій все бо́льшее и бо́льшее—есть профессія, осуществляющаяся въ купеческомъ предпріятіи. Профессія-же является и предѣломъ сближенія права торговаго съ гражданскимъ. Это значитъ, что нормы т. н. торговаго права, по сколько вызваны онѣ къ существованію профессіей, останутся достояніемъ той сферы отношеній, смѣшивать, сливать которую съ оборотомъ общегражданскимъ, такъ сказать, обыденнымъ и сосѣдскимъ не нужно, нецѣлесообразно и несправедливо. Все то, что создалось не подъ вліяніемъ профессіи и что случайно монополизировано было торговымъ правомъ, оно уступитъ общегражданскому обороту: но особенности въ правѣ, вызываемыя профессіей, будутъ примѣняться и впредь лишь къ частноправовымъ профессіональнымъ, торгово-промышленнымъ отношеніямъ.

Мы уже знаемъ, какъ мало соотвѣтствуютъ дѣйствительному положенію дѣлъ юридическіе термины торговли и торговаго права, далеко не обнимающіе своимъ названіемъ всѣхъ тѣхъ отношеній, какія подчиняются т. н. торговому праву. Область торговли слишкомъ узка для дѣйствія особыхъ нормъ. Въ торговлѣ важна для законодателя лишь профессія, а подъ эту послѣднюю подпадаетъ рядъ другихъ промысловъ. Съ этой точки зрѣнія легко понять и постоянное расширеніе области дѣйстія торговаго права. Наиболѣе справедливые и цѣлесообразные принципы, монополизированные торговымъ правомъ, несомнѣнно, склоняли извѣстныя экономическія сферы къ подчиненію спеціальному праву. Но важнѣйшимъ мотивомъ для такого распространенія дѣйствія торговаго права на новыя сферы—была профессія. Только этимъ обстоятельствомъ и можно объяснить фактъ постояннаго и постепеннаго расширенія круга т. н. субъективныхъ торговыхъ дѣйствій. Объективныя-же дѣйствія, всегда и всюду, гдѣ онѣ есть, незначительныя по числу, не проявили склонности къ распространенію [3]). Не стоя ни въ какомъ отношеніи къ моменту профессіи, возникнувъ изъ постороннихъ для профессіи историческихъ обстоятельствъ, объективныя торговыя дѣйствія оказались совершенно искусственнымъ понятіемъ, не объясняющимъ ни характера, ни цѣли торговаго права, ни факта расширенія „экономическаго понятія торговли до юридическаго“.

Неудивительна поэтому недолговременность господства объективно-субъективной системы торговыхъ дѣйствій, выдвинутой французскимъ Code de commerce, развитой германскимъ уложеніемъ 1861 г. и окончательно отвергнутой въ германскомъ торговомъ уложеніи 1897 г. Нѣмецкая литература, такъ много сдѣлавшая для утвержденія идеи объективныхъ торговыхъ дѣйствій и т. н. системы объективно-субъективной, не нашла и не могла найти какихъ-либо опредѣленныхъ признаковъ объективно-торговой сдѣлки. Спекуляція и посредничество, какъ наиболѣе принятые признаки отличія—во первыхъ относятся къ обѣимъ категоріямъ торговыхъ сдѣлокъ, во вторыхъ, вообще не могутъ считаться удовлетворительными, такъ какъ первый характеризуетъ всю экономическую область безъ различія между оборотами торговымъ и гражданскимъ; что-же касается момента посредничества, то его мудрено приложить къ значительному числу сдѣлокъ, считаю-

---

[3]) Ср. Thöl. Das Handelsrecht. I. B. Leipzig. 1879, стр. 107—108.

щихся торговыми. Разногласіе въ отдѣльныхъ законодательствахъ при распредѣленіи торговыхъ дѣйствій на объективныя и субъективныя такъ-же не содѣйствовало авторитету придуманной системы. Прибавимъ къ этому самые ничтожные практическіе результаты отъ признанія особой категоріи объективно-торговыхъ дѣйствій, ради которыхъ подчиняются спеціальному праву лица, случайно и единично совершающія дѣйствіе, признанное объективно-торговымъ.

Неудивительно поэтому, что германскій законодатель долженъ былъ признать возможность обнаруженія спекулятивнаго посредничества только въ промыслѣ [4]).

И точка зрѣнія профессіи опредѣляетъ германскаго законодателя къ новому, еще болѣе широкому отграниченію области торговаго права. Это расширеніе понятія торговли и купца было логическимъ слѣдствіемъ перехода отъ субъективно-объективной системы торговыхъ дѣйствій исключительно къ субъективной, хотя и оправдывалось тѣмъ, что расширеніе произошло уже фактически [5]).

Новое германское уложеніе знаетъ купцовъ четырехъ категорій. Въ первую категорію (§ 1) входятъ лица, имѣющія предпріятіе по пріобрѣтенію и отчужденію вещей (товаровъ) или цѣнныхъ бумагъ, имѣющія фабрику, профессіонально занимающіяся страхованіемъ за премію, совершающія банкирскія и мѣняльныя операціи, профессіональные перевозчики, коммисіонеры, спедитеры, содержатели товарныхъ складовъ, агенты, маклера, издатели, типографщики. Это такъ назыв. Musskaufleute — т. е. купцы eo ipso, въ силу самого закона.

На этомъ не останавливается германское уложеніе и создаетъ еще нѣсколько категорій, изъ коихъ слѣдующую составляютъ (§ 2) лица, имѣющія промышленное предпріятіе, которое по виду и объему требуетъ купеческаго обзаведенія, хотя бы въ этомъ предпріятіи и не совершалось ни одно изъ перечисленныхъ въ первомъ параграфѣ дѣйствій. Какія-же операціи могутъ создать понятіе купца въ смыслѣ § 2? Подъ эту категорію купцовъ подойдутъ, напр., содержатели справочныхъ конторъ, библіотекъ, содержатели свеклосахарныхъ заводовъ, фабриканты, обрабатывающіе матеріалъ, добытый на

---

[4]) Ср. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. (1897), стр. 202—203. Gierke. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Vortrag. Dresden. 1897, стр. 8—9.

[5]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin. 1897, стр. 6 7.

своей землѣ, горнопромышленники, садоводы и т. д. и т. д. Въ виду нѣкоторой неопредѣленности признака, обусловливающаго подчиненіе торговому уложенію, лица, имѣющія промышленное предпріятіе, требующее купеческаго обзаведенія, становятся купцами не eo ipso, а лишь въ силу регистраціи, съ той цѣлью, чтобы регистраціонный судья окончательно опредѣлилъ, имѣетъ-ли данное предпріятіе купеческій видъ и объемъ. А такъ какъ, по общему правилу, самъ купецъ въ состояніи сдѣлать предварительное опредѣленіе свойствъ своего промысла, то ему и вмѣняется въ обязанность самому заявлять о своемъ купеческомъ предпріятіи. Отсюда—купцовъ этой второй категоріи называютъ Sollkaufleute.

Германскій законодатель идетъ и еще дальше, создавая третью категорію купцовъ въ области сельскаго и лѣсного хозяйствъ. Занятіе тѣмъ или другимъ, вообще говоря, и по общему правилу исключается изъ подъ дѣйствія торговаго права (§ 3). Но если съ сельскимъ или лѣснымъ хозяйствомъ стоитъ въ связи какой-либо вспомогательный промыселъ, напр. [6]), добыча торфа, глины, песку, содержаніе мельницы, изготовленіе на продажу масла, сыра, торговля скотомъ, покупка скота на откормъ, содержаніе спиртнаго, кирпичнаго, сахарнаго завода, торговля лѣсомъ и т. п., то собственникъ можетъ сдѣлаться купцомъ, если, согласно § 2, запишется въ реестръ. Но законъ не обязываетъ его къ регистраціи; добрая воля сельскаго хозяина и лица, имѣющаго лѣсное хозяйство, подчиняться или нѣтъ торговому праву. Купцовъ этой категоріи называютъ Kannkaufleute.

Близко стоитъ и четвертая категорія купцовъ—различнаго рода товарищескія предпріятія: акціонерныя, коммандитныя на акціяхъ, товарищества съ ограниченной отвѣтственностью, хозяйственныя зарегистрованныя товарищества. Всѣ они считаются купцами, независимо отъ предмета предпріятія, разъ только они зарегистрованы; но принудить къ регистраціи ихъ нельзя. Купцовъ этой категоріи называютъ Formkaufleute.

Вотъ каковъ кругъ „купцовъ“ по уложенію 1897 г. Какая же профессіональная экономическая дѣятельность еще не вошла сюда? Недвижимость? Германское уложеніе 1861 г. абсолютно исключило недвижимость изъ объектовъ торговыхъ сдѣлокъ, какъ основныхъ,

---

[6]) Materialen zum Handelsgeschetzbuche (1897), стр. 210 (298) — Bericht der Kommission.

такъ и вспомогательныхъ (art. 275). Новое уложеніе не считаетъ недвижимость предметомъ лишь основныхъ торговыхъ сдѣлокъ (§ 1 Abs. 1, 2) и т. о. не слѣдуетъ за Италіей, которая уже съ 1882 г. признаетъ недвижимость въ качествѣ предмета всякихъ торговыхъ сдѣлокъ (art. 3, n° 3: пріобрѣтеніе и отчужденіе недвижимости, когда оно дѣлается съ цѣлью торговой спекуляціи). И если такого расширенія круга „товаровъ" нельзя оправдать съ точки зрѣнія объективной системы (ср. Италія), то напротивъ того совершенно понятнымъ является подчиненіе торговому праву и профессіональной спекуляціи недвижимостью.

Осторожность законодателя, относительно недвижимости, сельскаго и лѣсного хозяйства объясняется больше всего традиціями. Почему, въ самомъ дѣлѣ, сельскій хозяинъ лишь можетъ, если захочетъ, подчиниться торговому праву, хотя бы велъ дѣло на купеческихъ началахъ, а собственникъ горнаго промысла или соляныхъ копей (разсола), при тѣхъ же условіяхъ, обязательно подчиняется торговому праву? Какая разница между акціонернымъ винокуреннымъ заводомъ и винокуреніемъ, производимымъ въ томъ-же объемѣ, но заведеннымъ землевладѣльцемъ [7])? Но здѣсь мы должны поставить общій вопросъ: что такое профессія и чѣмъ объясняется ея роль въ правѣ?

По причинамъ двоякаго рода профессія въ экономической области не только всегда вызывала, вызываетъ, но и будетъ вызывать на созданіе особыхъ нормъ и институтовъ: въ видахъ самой профессіональной дѣятельности и въ защиту общественнаго интереса. Первое не нуждается въ объясненіяхъ, въ виду очевидной пользы для общества отъ профессіональной экономической дѣятельности, каковая заслуживаетъ покровительства и защиты. Второе—легко понять, если припомнить, что главнѣйшимъ, чаще единственнымъ, мотивомъ въ профессіональной экономической дѣятельности является спекуляція; что совершается она обыкновенно въ формѣ посредничества и объектомъ своимъ имѣетъ предметы, не имѣющіе никакого индивидуаль-

---

[7]) Meschelson. Wirtschaftliche Grundsätze des neuen deutschen Handelsgesetzbuches. Berlin. 1897, стр. 8—9. Ср. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. I (1889), стр. 109, n° 124, стр. 111, n° 125. При первомъ чтеніи проекта въ рейхстагѣ исключеніе сельскаго и лѣсного хозяйства изъ-подъ дѣйствія торговаго права вызвало не мало критическихъ замѣчаній. См. особенно—Materialen zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich. (1897), стр. 195 (283).

наго значенія для промышленника. И мотивъ дѣятельности, и форма ея, и объектъ — вполнѣ гарантируютъ быстроту и непрерывность спекулятивной экономической дѣятельности. Но за то они не обезпечиваютъ общественнаго интереса, сталкивающагося съ областью, гдѣ индивидуализмъ склоненъ и способенъ къ крайнему проявленію. Не особенной психологіей профессіональнаго экономическаго дѣятеля вызывается опасность для общественнаго интереса, а лишь особенной обстановкой дѣятельности. Тѣ мотивы, какіе руководятъ человѣкомъ при совершеніи единичнаго акта хозяйственной дѣятельности, получаютъ наибольшее напряженіе въ профессіи, состоящей изъ цѣлаго ряда извѣстныхъ экономическихъ дѣйствій, связанныхъ между собой волей и намѣреніями принципала, объединенныхъ въ цѣлую и сложную организацію предпріятія, какъ планомѣрнаго соединенія личныхъ силъ и капитала.

Нельзя представить себѣ промышленнаго предпріятія безъ профессіональнаго совершенія дѣйствій, но за то и частое, обыкновенное совершеніе извѣстныхъ актовъ, не объединенное въ предпріятіи, не даетъ намъ понятія профессіи, вызывающаго право на созданіе нѣкоторыхъ особенныхъ нормъ и институтовъ. Отсюда понятна та мѣрка купеческаго предпріятія, которую вводитъ германскій законодатель въ § 2 новаго торговаго уложенія. Отсюда понятна и критика уложенія, исключающаго сельскую и лѣсную промышленность, хотя бы онѣ велись въ видѣ купеческаго предпріятія [8]).

Не всякая организація личныхъ силъ и капитала одинаково интересуетъ общественную власть, такъ какъ не всякое предпріятіе вызываетъ ее на поддержку и—что особенно важно—не всякое предпріятіе представляетъ опасность для общественнаго интереса. Для нашихъ цѣлей понятіе профессіи и предпріятія должно быть ограничено другимъ понятіемъ — купеческаго предпріятія, являющимся столь-же необходимымъ для опредѣленія области дѣйствія особыхъ нормъ и институтовъ. Германскій законодатель пользуется моментомъ размѣра предпріятія, когда въ §§ 2 и 4 выдѣляетъ въ особую категорію ремесленниковъ. Уложеніе лишаетъ ихъ нѣкоторыхъ правъ и освобождаетъ отъ многихъ обязанностей, присущихъ полноправнымъ

---

[8]) Ср. рѣчь Seligmann—Verhandlungen des 23 Deutschen Handelstages (1896), стр. 7 и единогласное рѣшеніе собранія объ обязательности зарегистрованія сельскохозяйственнаго или лѣсного промысла, если онъ ведется на купеческихъ началахъ.

купцамъ. Но оно не исключаетъ ихъ изъ-подъ дѣйствія особыхъ нормъ, справедливо вызывая къ себѣ за то отрицательное отношеніе [9]). Мелкіе ремесленники и ихъ „предпріятія“ должны быть исключены изъ дѣйствія особыхъ нормъ и институтовъ, потому что ихъ предпріятія не купеческія, ихъ профессія не вызываетъ того общественнаго интереса, какой связанъ съ предпріятіями крупными. Какая грань должна раздѣлить двѣ области, это вопросъ законодательной политики, разрѣшаемый по соображеніямъ обстоятельствъ даннаго времени и мѣста.

Мы уже видимъ, насколько отлична постановка вопроса объ области дѣйствія особыхъ нормъ теперь, при признаніи за профессіей главнаго момента, отъ того, когда торговое право и торговый оборотъ объективировались, когда только особенностями извѣстныхъ сдѣлокъ объяснялось существованіе особыхъ нормъ. Тогда самостоятельная и своеобразная природа торговли требовала спеціальнаго права въ интересахъ торговли. Теперь, въ виду особаго общественнаго значенія экономической профессіи и купеческихъ предпріятій, право создаетъ особыя нормы и институты.

Нѣкоторые думаютъ, что перенесеніемъ центра тяжести съ объективной сдѣлки на профессію новое германское торговое уложеніе возвратилось къ средневѣковой точкѣ зрѣнія [10]). На самомъ дѣлѣ сопоставленіе новаго торговаго уложенія Германіи не возможно ни со статутами или прусскимъ уложеніемъ, ни даже съ французскимъ кодексомъ, такъ какъ всѣ они не свободны отъ сословной точки зрѣнія; тогда какъ уложеніе 1897 г. стоитъ на соціальной точкѣ зрѣнія,

---

[9]) Gierke. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Vortrag. Dresden. 1897, стр. 22. Онъ же въ Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht XLIV Bd. (1896), стр. 456. См. рѣчь Nieberding-Materialen zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich (1897), стр. 162 (250).

[10]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 22 in f. Thaller. Traité élémentaire (1898), стр. 6 и даже защитникъ реформы и участникъ Gierke. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Dresd. 1897, стр. 8. Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 90. — Вполнѣ правильно оцѣниваетъ реформу Seligmann — см. Verhandlungen des 23 Deutschen Handelstages (1896), стр. 5. Не можетъ быть принято и противоположное мнѣніе, что торговое уложеніе 1897 г. на самомъ дѣлѣ не смогло устранить объективныхъ сдѣлокъ, такъ какъ-де понятіе „торговаго оборота“ есть не личное, а предметное, не субъективное, а объективное, и такъ какъ это уложеніе сохраняетъ односторонне торговыя сдѣлки. Schirrmeister. Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht, въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. 48 Bd. (1899), стр. 426—427, пр. 12.

требующей отъ законодателя защиты тамъ, гдѣ индивидуализмъ можетъ принять слишкомъ рѣзкое проявленіе. Точка зрѣнія новаго уложенія принципіально рѣшаетъ вопросъ о государственномъ вмѣшательствѣ въ область торговли, какъ уже давно рѣшонъ тотъ же вопросъ относительно нѣкоторыхъ сторонъ промышленной жизни. Оградить общественный интересъ отъ крайне индивидуалистическихъ стремленій профессіональныхъ экономическихъ дѣятелей, поставить предѣлы спекуляціи и путемъ частноправовой организаціи торговли предупредить общество отъ всякихъ возможныхъ отрицательныхъ проявленій со стороны торгово-промышленныхъ классовъ—вотъ задача общественной власти. Это задача общая, но осложненная именно профессіональной экономической дѣятельностью.

Такова должна быть постановка вопроса, уничтожающая ложную презумцію о принципіальныхъ особенностяхъ торговаго оборота, объ особой психологіи купцовъ, а, слѣдовательно, и о спеціальныхъ задачахъ законодательной политики. Торговый оборотъ, по понятнымъ причинамъ, поддерживалъ мысль объ этихъ особенностяхъ, первое мѣсто между которыми занимала личная свобода, какъ спеціальный торговоправовой принципъ. Находя теоретическое обоснованіе для этого въ спеціальной литературѣ, увлекавшейся субъективно-объективной системой торговыхъ дѣйствій, торговый оборотъ относился весьма недружелюбно ко всякаго рода вмѣшательствамъ государства и энергично отстаивалъ свободу праворазвитія. Отсюда теорія, находившая себѣ сильное подкрѣпленіе и въ историческихъ фактахъ, что главнымъ источникомъ торговаго права является и долженъ оставаться обычай.

Положеніе дѣлъ рѣшительно измѣнилось съ тѣхъ поръ, какъ поколеблено было главное основаніе спеціальнаго торговаго права—объективныя сдѣлки, уступившія мѣсто профессіи, какъ моменту, лишь квалифицирующему общегражданскія сдѣлки и отношенія.

Въ извѣстныхъ предѣлахъ личная свобода должна быть предоставлена торгово-промышленному обороту. Но она нужна и обороту гражданскому. И то же самое надо сказать о всякихъ другихъ особенностяхъ торговаго права—будетъ ли то свобода волеизъявленія, строгость взысканія, космополитичность (нѣкоторыхъ) нормъ и частей права. Это принципы общіе всему обороту, неправильно монополизированные торговымъ правомъ. Сближеніе двухъ системъ и, особенно,

объединеніе ихъ въ одномъ кодексѣ обнаруживаетъ всю несостоятельность этой исторической монополіи.

Особенности въ правѣ, вызываемыя профессіей, не въ этихъ принципахъ, да и вообще не въ принципахъ. Соотвѣтственно двумъ сторонамъ торгово-промышленной дѣятельности, двоякаго рода создаются и особенности въ правѣ, которыхъ, впрочемъ, нельзя разносить по двумъ рубрикамъ, такъ какъ тѣ и другія одинаково и одновременно преслѣдуютъ и интересы профессіи, и цѣль защиты общества отъ спекуляціи. Такими особенностями являются: 1) нѣкоторыя прямо указанныя исключенія изъ общихъ правилъ и 2) рядъ институтовъ, имѣющихъ болѣе или менѣе самостоятельный юридическій характеръ.

Эти исключенія изъ общихъ правилъ, отнюдь не имѣютъ принципіальнаго характера въ томъ смыслѣ, что они не отмѣняютъ и не измѣняютъ дѣйствія общихъ принциповъ гражданскаго права. Сущность ихъ заключается или въ томъ, что общественная власть, въ случаѣ столкновенія одинаково сильныхъ интересовъ, окрашенныхъ одинаково—спекулятивнымъ характеромъ, предоставляетъ свободному усмотрѣнію сторонъ позаботиться о справедливомъ разрѣшеніи конфликта. Или же, напротивъ, эти исключенія обставляютъ болѣе строгими условіями выполненіе нормы (и лежащаго въ основаніи ея принципа), которой грозитъ наибольшая опасность отъ дѣятельности, по преимуществу спекулятивной, т. е. отъ профессіи. Институты профессіональной экономической дѣятельности преслѣдуютъ ту же двойную цѣль, которая выражается здѣсь въ поддержаніи кредита и въ обезпеченіи общества отъ неосторожностей и злоупотребленій профессіональныхъ дѣятелей.

Этихъ особенностей, разработкой которыхъ мы обязаны торговому праву, слишкомъ мало, чтобы говорить о самостоятельной системѣ. Внесеніе ихъ въ гражданское уложеніе поэтому является желательнымъ какъ для утвержденія идеи единства принциповъ, лежащихъ въ основаніи нормъ общихъ и исключительныхъ, такъ и въ интересахъ практики, легче оріентирующейся въ одномъ кодексѣ.

Но разъ существуютъ въ общегражданскомъ уложеніи особенныя нормы и институты для профессіональной экономической дѣятельности, область для ихъ примѣненія должна быть опредѣленно отграничена. По правильному мнѣнію извѣстнаго юриста Lyon-Caen'a, это

отграниченіе представляетъ общественный интересъ [11]). Мы видѣли, что германскій законодатель разрушилъ въ корнѣ разработанную въ Германіи систему торговыхъ дѣйствій. Но онъ не считалъ себя вправѣ оставить безъ какого либо опредѣленія сферу дѣйствія торговаго права. Отсюда—ученіе о торговыхъ дѣйствіяхъ—основныхъ (§ 1) и побочныхъ (§ 343), о промышленномъ предпріятіи и купцѣ (§ 1—§ 4). Германское уложеніе 1897 г. даетъ примѣръ мудраго примиренія судейской свободы съ предписаніями закона. Безконечная казуистика, противорѣчія и неопредѣленность въ дѣятельности судебной практики явились бы неизбѣжнымъ послѣдствіемъ молчанія закона въ столь важномъ дѣлѣ. Такими именно примѣрами можетъ служить практика французская и русская, не имѣющія предъ собой руководящихъ статей закона. Правда, и французскій Code de commerce, и русскій Уставъ судопроизводства торговаго, отдѣленный отъ Устава торговаго, даютъ цѣлый рядъ нормъ торговой подсудности. Но всѣмъ извѣстно, что компетенція торговаго права и подсудность торговымъ судамъ могутъ и не совпадать, такъ какъ въ опредѣленіи той и другой законодатель руководствуется различными мотивами [12]). Только по необходимости обращается судебная практика при рѣшеніи вопросовъ матеріальнаго характера къ процессуальному закону и вынуждена при этомъ быть крайне внимательной и осторожной.

Въ виду этого соображенія, а также въ виду возможнаго прекращенія дѣйствія коммерческихъ судовъ, законодатель не можетъ оставить безъ опредѣленія круга отношеній, на которыя распространяется дѣйствіе особыхъ порядковъ. А между тѣмъ русскій проектъ обязательственнаго права, включающій въ себѣ постановленія о торговыхъ сдѣлкахъ, послѣдовалъ въ этомъ отношеніи за швейцарскимъ союзнымъ закономъ, который, говоря въ цѣломъ рядѣ статей о торговлѣ и промыслѣ, о купцахъ и предпріятіяхъ купеческаго вида [13]), оставляетъ всѣ эти понятія безъ ближайшаго опредѣленія.

---

[11]) Lyon-Caen et L. Renault. Traité de droit commercial. 2 ed. T. I. Paris 1889, стр. 86—87.

[12]) Ср. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 480 слл. Endemann. Das deutsche Handelsrecht (1887), стр. 22—24. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial (1889), стр. 79 (№ 90). П. П. Цитовичъ. Учебникъ торговаго права. Кіевъ. 1891 г., стр. 43, пр. 1. Особенно см. А. П. Башиловъ. Русское торговое право. Вып. I. СПБ. 1887 г., стр. 48 слл. А. Х. Гольмстенъ. Очерки по русскому торговому праву. Вып. I. СПБ. 1895 г., стр. 115—116.

[13]) См., напр., ст. ст. 138, 206, 224, 234, 330, 335, 422, 426, 552, 590, 850.

Что касается русскаго проекта, то уже въ предисловіи къ объяснительнай запискѣ мы встрѣчаемъ „для торговыхъ сдѣлокъ рядъ исключеній изъ общихъ правилъ“, среди каковыхъ исключеній значится и нормированіе „найма земель подъ фабрики и заводы“, и „вознагражденіе за вредъ“, причиненный на желѣзной дорогѣ, фабрикѣ, заводѣ или горномъ промыслѣ“ [14]). Въ объясненіяхъ къ проекту, какъ и въ его статьяхъ, постоянно фигурируютъ слова—„торговля“, „торговыя дѣйствія“, при томъ же авторы знаютъ, повидимому, не „одинъ видъ торговли“, не одну отрасль торговли или промысла [15]). Но что же разумѣетъ проектъ подъ торговлей и торговымъ дѣйствіемъ? Въ какихъ случаяхъ суды будутъ примѣнять исключительныя постановленія? По усмотрѣнію? Или они будутъ руководствоваться теоретическими взглядами на этотъ предметъ, выработанными до германскаго уложенія 1897 г.? Могутъ ли составить понятіе торговли издательскій промыселъ, антреприза, горный промыселъ, сельско-хозяйственныя профессіи? Исключаются ли изъ дѣйствія торговыхъ нормъ ремесленники? Нѣкоторые изъ составителей проекта склонны думать, что „понятіе торговой сдѣлки не содержитъ въ себѣ столь ясныхъ и точныхъ признаковъ, чтобы можно было въ каждомъ данномъ случаѣ безошибочно различить торговую сдѣлку отъ неторговой (напр., продажа помѣщикомъ урожая нѣсколькимъ хлѣботорговцамъ)“ [16]).

Изъ всего этого очевидно, что авторы проекта не выяснили ни значенія профессіи, промысла и предпріятія, не попытались дать какіе либо признаки, опредѣляющіе всѣ эти понятія.

Первое особенно очевидно изъ нормированія проектомъ договора перевозки. Авторы, увлеченные идеей объединенія, склонны думать, что „придать договору перевозки общегражданское (а не спеціально торговое) значеніе, это значитъ подчинить промысловыхъ и непромысловыхъ перевозчиковъ одинаковымъ правиламъ“. Это, по ихъ мнѣнію, не можетъ быть признано несправедливымъ“ [17]). Но что оно невозможно, такъ это сейчасъ же признаютъ и сами редакторы, устанавливая различную отвѣтственность для разныхъ возчиковъ. Помѣ-

---

[14]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр XXXVI—XXXVII.

[15]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 347, 351, 384. Т. II (1899), стр. 180, 320, 321. Т. III (1899), стр. 39.

[16]) Тамъ же. Т. I (1899), стр. 351.

[17]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1894), стр. 459.

щеніе правилъ о перевозкѣ въ гражданскомъ уложеніи означаетъ лишь одно, что договоръ этотъ можетъ совершить каждый—занимается ли онъ перевозкой, какъ промысломъ, заключаетъ ли онъ единичную сдѣлку этого рода въ связи съ какимъ либо инымъ промысломъ, или его перевозка является случайной и ни съ какимъ промысломъ въ связи не находится. Но это перенесеніе договора перевозки, неправильно считавшагося торговымъ по своей природѣ, въ гражданское уложеніе, нисколько не мѣшаетъ и даже дѣлаетъ обязательнымъ, „не устанавливая какого либо принципіальнаго юридическаго различія между промысловою и непромысловою перевозкою", какъ говорятъ въ другомъ мѣстѣ сами авторы: „предложить нѣсколько спеціальныхъ правилъ для такихъ промысловыхъ перевозчиковъ, которые рѣзко отличаются отъ простыхъ перевозчиковъ [18]). Но въ чемъ различіе? Повидимому, редакторы близки къ рѣшенію вопроса, когда признаютъ, что перевозка подходитъ подъ общее понятіе подряда, хотя и выдѣляется въ видѣ самостоятельнаго договора" [19]). Связь перевозки съ подрядомъ, установленная т. X ч. 1 Св. зак. ст. 1738, должна была указать на предпріятіе, какъ моментъ весьма важный для отличія перевозки отъ личнаго найма услугъ по передвиженію вещей и, что то же важно, для разграниченія перевозки промысловой отъ непромысловой. Судебная практика стояла въ этомъ отношеніи на вѣрномъ пути [20]). И если бы авторы проекта не отнеслись къ ней отрицательно [21]), то, быть можетъ, не назвали бы перевозкой—перекатываніе бочекъ, подыманіе колокола, сплавъ плотовъ и т. п. [22]). Они примкнули въ широкомъ редактированіи понятія перевозки къ нѣкоторымъ нѣмецкимъ писателямъ [23]), упуская изъ виду, что услуги такихъ лицъ, какъ Dinstmann и под., по нѣмецкому праву квалифицируются профессіей, и только поэтому подчиняются торговому праву: отбросьте моментъ профессіи и нѣ-

---

[18]) Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 464.

[19]) Тамъ же. Стр. 450.

[20]) Гаугеръ. Законы гражданскіе (Св. зак., т. X, ч. I, изд. 1887), разъясненія къ ст. 1737.

[21]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 336 и 445.

[22]) Тамъ же. Стр. 452, 457.

[23]) См., напр., Schott, въ Endemann's Handbuch des Deutschen Handels—See— und Wechselrechts. III Bd. (1885), стр. 290. Endemann. Das Deutsche Handelsrecht (1887), стр. 421. Иной болѣе вѣрный взглядъ у Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 421. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 615 сл.

мецкій динстманъ или трэгеръ перестанетъ быть перевозчикомъ. Между тѣмъ, по русскому проекту носильщикъ или посыльный, какъ профессіональный, такъ и случайный, будетъ подчиняться нормамъ перевозки, заимствованнымъ къ тому же по преимуществу изъ Общаго устава россійскихъ желѣзныхъ дорогъ. Договоръ перевозки, несомнѣнно, нормируется болѣе строго, чѣмъ личный наемъ. И можно ли считать справедливымъ подчиненіе строгимъ нормамъ поденьщика, таскающаго кули съ парохода на берегъ и обладающаго столь несложнымъ имуществомъ, какъ спинная подушка и желѣзный крюкъ [24]). Для редактированія договора перевозки требуется во-1-хъ) исключить изъ числа перевозчиковъ лицъ, оказывающихъ личныя услуги, т. е. поденьщиковъ; во 2-хъ) необходимо различить перевозку единичную и профессіональную и въ-3-хъ) наконецъ, подраздѣлить эту послѣднюю на перевозку, совершаемую частными возчиками и перевозку, совершаемую общественными возчиками. Соотвѣтственно этому должно быть создано три порядка нормъ, установливающихъ различную отвѣтственность, и допускающихъ разную степень свободы договора.

Мы остановились съ нѣкоторой подробностью на взятомъ примѣрѣ, такъ какъ онъ лучше всего выясняетъ недостаточную выдержанность проводимыхъ въ проектѣ взглядовъ. Она объясняется, конечно, тѣмъ, что авторы не остановились на выясненіи понятій торговли, торговой сдѣлки, профессіи и купца. Какія экономическія дѣйствія при условіи профессіональнаго ихъ совершенія, могутъ дать понятіе купца? Этотъ вопросъ нельзя миновать, не взирая на объединеніе нормъ общихъ и особенныхъ въ одномъ кодексѣ. Его нельзя обойти и ссылкой на то, что всякая система торговыхъ дѣйствій является заколдованнымъ кругомъ, въ которомъ понятія торговой сдѣлки и купца зависятъ взаимно одно отъ другого. Этотъ не совсѣмъ точный взглядъ, не чуждый и авторамъ проекта [25]), смѣшиваетъ двѣ стороны дѣла: общественно-экономическую и юридическую. Изъ соображеній объ общественномъ интересѣ законодатель извѣстныя экономическія дѣйствія: покупку-продажу, фабричную переработку, страхованіе, перевозку и т. п. (но, напр., не продажу фруктовъ изъ соб-

---

[24]) Здѣсь можно и не останавливаться на выясненіи сложной природы договора перевозки (личный наемъ, имущественный наемъ, отдача на сохраненіе). См., напр., Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 503—504.

[25]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. XXXI—XXXII.

ственнаго сада—изъ желанія не стѣснять только что развивающееся садоводство, не продажу недвижимости—изъ желанія задержать мобилизацію земли, не сдѣлку взаимнаго страхованія—въ интересахъ развитія между гражданами полезнаго учрежденія и чувства солидарности и т. п. и т. п.), положимъ, что означенныя дѣйствія законодатель считаетъ такими, при профессіональномъ совершеніи коихъ спекулятивный моментъ получаетъ особенное значеніе. Тогда онъ объявляетъ эти дѣйствія, „торговыми", т. е. пригодными для профессіи, для купеческаго предпріятія. Отнюдь не „меркатильный" только характеръ сдѣлки опредѣляетъ при этомъ законодателя, руководящагося на самомъ дѣлѣ рядомъ различныхъ соображеній. Отсюда невыдержанность и разнообразіе системъ въ разныхъ кодексахъ.

Даетъ ли законодатель точное перечисленіе „торговыхъ" сдѣлокъ, предоставляетъ ли судебной практикѣ толковать его принципіальныя указанія, является ли понятіе промысла или предпріятія eo ipso или оно обусловливается регистраціей,—все это вопросы весьма важные и мудреные, но въ настоящую пору нашему разсмотрѣнію не подлежащіе [26]).

Попутно съ вопросомъ о системѣ слѣдовало бы остановиться и на другомъ близкомъ первому вопросѣ объ одностороннихъ и двустороннихъ торговыхъ сдѣлкахъ. Нужны ли эти понятія при исключительно субъективной системѣ торговыхъ дѣйствій? Германскій законодатель отвѣчаетъ на это положительно, когда въ § 345 новаго торговаго уложенія (и Art. 277 прежняго) постановляетъ, что предписанія о торговыхъ сдѣлкахъ примѣняются къ обоимъ контрагентамъ, если иное прямо не указано, даже и тогда, когда сдѣлка будетъ торговой лишь для одной стороны. Съ полнымъ основаніемъ отмѣчена была несогласованность подобнаго предписанія съ общимъ характеромъ торговаго права, простирающаго свое дѣйствіе

---

[26]) Вопросы, возникающіе и относительно швейцарскаго обязательственнаго права, комментаторы котораго далеко не согласны между собой въ опредѣленіи понятія купца. См. Schirrmeister. Der Kaufmannsbegriff въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. 48 B. (1899), стр. 433. Тамъ же, стр. 440—441. Любопытная попытка отысканія въ новомъ торговомъ уложеніи „системы", которая должна замѣнить систему субъективно-объективную. См. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 9, гдѣ и указаны два признака: перечисленіе сдѣлокъ и требованіе регистраціи.

лишь на купцовъ: не освобожденіе не-купцовъ изъ подъ дѣйствія особыхъ нормъ, а напротивъ того, подчиненіе ихъ этимъ нормамъ нуждается въ прямыхъ указаніяхъ [27]). Впрочемъ, общее правило § 345 имѣетъ весьма скромное значеніе, каковое исчерпывается §§ 358—361 и правилами для коммисіи, поклажи въ товарныхъ складахъ и перевозки, каковыя по необходимости примѣняются и къ не-купцамъ, такъ какъ гражданское уложеніе проходитъ полнымъ молчаніемъ эти „торговыя" сдѣлки. Гораздо бо́льшее значеніе, чѣмъ это общее правило § 345, представляютъ исключенія изъ него, въ силу которыхъ извѣстныя нормы примѣняются только между купцами (двустороннія сдѣлки), а другія имѣютъ значеніе и при сдѣлкѣ односторонне-торговой, но лишь для контрагента-купца [28]).

Авторы русскаго проекта совершенно правильно не воспроизводятъ нормы § 345 и, повидимому, склонны примѣнять исключительныя постановленія лишь при двустороннихъ торговыхъ сдѣлкахъ: „между купцами" (ст.ст. 105, 357). Но только эти двѣ статьи и не вызываютъ сомнѣнія. И стоитъ перейти къ ст. 106, какъ уже является вопросъ: имѣются ли и здѣсь въ виду отношенія между торговцами, или одна сторона можетъ быть и не купцомъ. Ст. 167 устанавливаетъ солидарную отвѣтственность лицъ, принявшихъ обязательство по договору, относящемуся къ торговлѣ. Спрашивается: говорится ли здѣсь о договорѣ, на одной сторонѣ котораго нѣсколько купцовъ, а на другой можетъ быть и не-купецъ, или и тутъ обѣ стороны должны быть торговцами? Что означаетъ „договоръ, относящійся къ торговлѣ"? Всѣ эти и подобныя сомнѣнія объясняются только тѣмъ, что авторы проекта не достаточно выяснили мотивы особыхъ нормъ для торгово-промышленныхъ отношеній и оставили безъ всякаго опредѣленія область примѣненія этихъ особыхъ нормъ [29]).

—

[27]) Gierke. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 45 B. (1896), стр. 451. Materialen zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich. (1897), стр. 192 (280). 202 (290). Сами авторы проекта указали на ничтожное значеніе § 336 проекта (§ 345 уложенія). Denkschrift zu dem Entwurf (1897), стр. 205.

[28]) Къ 1-му: §§ 352—353, 362, Abs. 1, 369—372. Ко 2-му: §§ 347—350, 354—356, 366, 367, 368, Abs. 2.

[29]) Отсюда и рядъ другихъ сомнѣній, возникающихъ въ виду невыясненности отдѣльныхъ терминовъ, имѣющихъ опредѣленное значеніе въ законодательствахъ и литературѣ. Ср. Г. Ф. Шершеневичъ. Вопросы торговаго права въ проектѣ гражданскаго уложенія. „Право", 1899, № 41.

И такъ профессія и промышленное предпріятіе всегда оказывали и оказываютъ до сихъ поръ вліяніе на право въ томъ смыслѣ, что требуютъ созданія особыхъ нормъ и институтовъ. Это необходимый результатъ историческаго развитія торговаго права и сохраняющій свое значеніе остатокъ развитія идеи самостоятельнаго торговаго права. Эти особенности, остающіяся за передачей общему обороту принциповъ и сдѣлокъ, напрасно считавшихся торговыми, переходятъ, видимъ мы, въ обще-гражданское уложеніе, но не распространяютъ своего дѣйствія на всѣ отношенія общегражданскаго оборота. И объясняются эти исключенія не особеннымъ характеромъ торговыхъ, промышленныхъ и какихъ угодно сдѣлокъ, а только общественнымъ значеніемъ торгово-промышленныхъ предпріятій. Отсюда—попытки новой постановки вопроса о „торговыхъ дѣйствіяхъ" и вообще объ опредѣленіи компетенціи особенныхъ нормъ и институтовъ.

Въ общихъ чертахъ, такимъ образомъ, намѣчены важнѣйшіе пункты реализаціи изучаемой нами идеи, происходящей на протяженіи третьяго періода, сравнительно краткаго и намъ современнаго.

Но научный и практическій интересъ происходящихъ событій дѣлаетъ необходимымъ, не ограничиваясь сказаннымъ, иллюстрировать высказанныя общія положенія на изученіи отдѣльныхъ вопросовъ торговаго права, дѣлающихся теперь въ значительной степени вопросами общаго гражданскаго права и въ меньшей—остающихся особенностями и исключеніями, имѣющими въ виду профессіональную экономическую дѣятельность, совершающуюся въ формѣ предпріятій, какія мы привыкли называть купеческими.

По причинамъ, не требующимъ объясненій, мы изучимъ эти вопросы преимущественно примѣнительно къ русскому проекту обязательственнаго права, который представляетъ тѣмъ бо́льшій интересъ, чѣмъ скорѣе обратится онъ въ дѣйствующій законъ и который является пока послѣднимъ словомъ въ исторіи торговаго права.

---

§ 3. Институты профессіональной экономической дѣятельности.

Наиболѣе крупную особенность, вызываемую интересами профессіональной экономической дѣятельности и сохраняющую все свое значеніе послѣ объединенія торговаго права съ гражданскимъ въ одномъ уложеніи, составляютъ институты — торговаго предпріятія, фирмы, регистраціи и купеческихъ книгъ. Не всѣ эти институты получили одинаковое самостоятельное положеніе въ законодательствахъ, не всѣ достигли окончательнаго развитія въ теоріи, но они признаны вездѣ, и во всякомъ случаѣ являются наиболѣе оригинальнымъ продуктомъ всего историческаго развитія торговаго права.

Сфера примѣненія этихъ институтовъ очевидна уже изъ всего ранѣе сказаннаго, и не представляется основаній для установленія особыхъ предѣловъ дѣйствія ихъ, какъ то имѣется въ Швейцаріи и Германіи. Швейцарскій союзный законъ 1881 г. въ § 865 предоставляетъ каждому, имѣющему право вступать въ договоры, просить о внесеніи его въ торговый реестръ мѣста его жительства. Это, очевидно, увлеченіе идеей объединенія торговаго права съ гражданскимъ. И вполнѣ понятно, что на протяженіи остального содержанія § 865-го говорится уже только о торговлѣ, промыслѣ, ремеслѣ, конторахъ, купеческомъ предпріятіи. Иначе смотритъ на дѣло германскій законодатель, признающій всю важность нашихъ институтовъ для торгово-промышленнаго оборота, но усматривающій въ нихъ и нѣкоторую тяготу, даже опасность для мелкихъ предпринимателей. Отсюда исключеніе изъ пользованія фирмой и торговыми книгами ремесленниковъ и лицъ, занятыхъ мелкимъ промысломъ (§ 4 торгов. улож. 1897 г.). Едва ли можно соглашаться и съ подобнымъ опредѣленіемъ сферы дѣйствія институтовъ. Въ литературѣ уже не разъ указано было [1]), что, конечно, справедливо освобождать купцовъ этой категоріи отъ сложнаго книговодства, цѣлесообразно — устранять отъ пользованія столь рискованнымъ учрежденіемъ, какъ прокура. Но какія основанія можно привести въ пользу лишенія этихъ предпринимателей,

---

[1]) Staub. Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin. 1896, стр. 12 — 13. Meschelson. Wirtschaftliche Grundsätze des neuen d. Handelsgesetzbuches. Berlin. 1896, стр. 10

разъ они, вообще, считаются купцами, законной защиты ихъ торговаго имени? Приведенные примѣры указываютъ, какъ много вопросовъ можетъ возникнуть при нормированіи торговаго предпріятія, фирмы, регистраціи и книгъ.

Посмотримъ, какъ отнеслись къ этимъ институтамъ авторы русскаго проекта. Было-бы не точно сказать, что они прошли ихъ полнымъ молчаніемъ,—въ объяснительной запискѣ есть кое-какія указанія на регистрацію, а въ проектѣ, въ ученіи о товариществѣ, мы встрѣчаемся не одинъ разъ съ фирмой. Но выяснена-ли юридическая природа этихъ институтовъ и ихъ юридическія послѣдствія? Опредѣлена ли судьба, которая ожидаетъ ихъ за объединеніемъ торговаго права съ гражданскимъ? Указано-ли имъ мѣсто въ законодательствѣ? Отрицательные отвѣты на эти вопросы заставляютъ отыскивать скрытую причину такого отношенія къ институтамъ той системы, которая прекращаетъ свое самостоятельное существованіе.

Первое, что можно привести въ объясненіе—это взглядъ авторовъ на наши институты, какъ публичные, выходящіе за предѣлы гражданскаго права. Такъ, отмѣчая не выдержанный составъ германскаго торговаго уложенія 1861 г., объяснительная записка категорически утверждаетъ, что изъ первой книги уложенія къ частному праву относятся лишь статьи: 6—9, 15, 22 и 23, 27, 41—65 [2]). Изъ этого можно заключить, что только фирма признается редакторами за частно-правовой институтъ.

Второе возможное объясненіе—неизвѣстность этихъ институтовъ русскому праву. Ни гражданскіе законы, ни торговые, дѣйствительно, не даютъ цѣльнаго ученія, ограничиваясь чаще всего только намеками на наши институты. Но значеніе послѣднихъ въ оборотѣ и непрерывныя попытки конструированія ихъ со стороны судебной практики —фактъ общеизвѣстный, обязывающій законодателя прійти на помощь и обороту, и практикѣ. Русскому проекту не трудно было выполнить эту задачу, такъ какъ въ швейцарскомъ и германскомъ уложеніи имѣются образцы весьма удовлетворительные и тѣмъ болѣе для насъ пригодные, чѣмъ чаще судебная практика съ вопросами о предпріятіи, фирмѣ и т. п. обращалась именно къ западноевропейскому праву.

—

[2]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. XII.

Но посмотримъ: быть можетъ, и въ самомъ дѣлѣ, при объединеніи двухъ частноправовыхъ системъ не остается никакого мѣста для институтовъ профессіональной торгово-промышленной дѣятельности. Уже было замѣчено, что не всѣ они получили одинаковое развитіе въ законодательствѣ и наукѣ, а потому и не для всѣхъ ихъ требуется особое мѣсто въ гражданскомъ уложеніи. Основной институтъ торгово-промышленнаго права—купеческое предпріятіе, въ которомъ реализуется экономическая профессія, принадлежитъ къ числу тѣхъ, кои, не занимая самостоятельнаго положенія, имѣютъ значеніе лишь по частнымъ выводамъ, послѣдствіямъ ихъ юридической природы. Стремленіе теоріи [3]) придать торговому предпріятію свойства самостоятельнаго объекта и даже приблизить его къ положенію самостоятельной личности, по понятнымъ причинамъ, не получаетъ полнаго признанія ни приктики, ни, тѣмъ болѣе, законодателя. Но ни та, ни другой не могутъ игнорировать нѣкоторой обособленности имущества предпріятія, а, тѣмъ самымъ, и книговодства, фирмы, какъ имени къ предпріятію пріурочиваемаго, особаго торговаго „мѣстожительства", связаннаго съ предпріятіемъ вспомогательнаго персонала, наконецъ, регистраціи, индивидуализирующей каждое отдѣльное предпріятіе со всѣми только что отмѣченными его особенностями.

Вотъ пункты, которые требуютъ изученія и должны быть приняты во вниманіе при составленіи ли особаго торговаго уложенія, или при объединеніи торговаго права съ гражданскимъ въ одномъ кодексѣ.

Если не юридическая обособленность предпріятія, какъ самостоятельнаго субъекта, то, по крайней мѣрѣ, его значеніе, какъ объекта оборота, выдвигаетъ весьма важный вопросъ о переходѣ требованій и долговъ съ переходомъ предпріятія въ цѣломъ въ руки новаго собственника. Если имущество предпріятія, въ интересахъ третьихъ лицъ, обособляется отъ личнаго имущества принципала, то на новаго собственника предпріятія, отчужденнаго въ цѣломъ, переходятъ не только требованія, но и долги, лежащіе на предпріятіи. Въ противномъ случаѣ требуются общіе способы уступки и перевода

---

[3]) Endemann. Das Deutsche Handelsrecht (1887), стр. 54 сл., 58 слл. Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 137 сл., 139 слл. Къ теоріи Endemann'а примыкаетъ Marghieri. Diritto commerciale italiano. V. I (1884), но съ ограниченіями: о значеніи личности принципала, стр. 241. „Il patrimonio commerciale" по Vidari. Corso di diritto commerciale. V. I (1888), стр. 213.

долговъ и требованій. Послѣднее болѣе соотвѣтствуетъ установившимся взглядамъ; первое больше соотвѣтствуетъ потребностямъ развитого оборота. Но если второе, при полной юридической обоснованности, является тормозомъ для торговли и промышленности, то первое не получило опредѣленной юридической конструкціи и не лишено опасности и риска для того же самаго оборота. Отсюда—попытки компромисса, примѣръ каковаго представляетъ § 25 Abs. 1 торговаго уложенія 1897: кто, пріобрѣтенное по сдѣлкѣ inter vivos торговое предпріятіе, продолжаетъ подъ прежней фирмой, съ указаніемъ ли на преемство или безъ таковаго, тотъ отвѣчаетъ за всѣ возникшіе въ связи съ предпріятіемъ долги прежняго собственника. Возникшіе въ данномъ торговомъ дѣлѣ требованія къ должникамъ предпріятія переходятъ на пріобрѣтателя, если прежній собственникъ или его наслѣдники дали согласіе на продолженіе фирмы. Еще рѣшительнѣе та же мысль проводится въ § 28, по которому, если кто вступаетъ въ предпріятіе единичнаго купца въ качествѣ лично отвѣтственнаго товарища или коммандитиста, то товарищество отвѣчаетъ за долги предпріятія, возникшіе до образованія товарищества, хотя бы дѣло и не продолжалось подъ прежней фирмой [4]).

Какъ относятся авторы русскаго проекта къ этой тенденціи оборота и практики, изъ объяснительной записки не видно. А между тѣмъ вопросъ о переходѣ долговъ и требованій съ предпріятіемъ заслуживаетъ вниманія уже по одному тому, что онъ не остается безъ вліянія на оборотъ гражданскій. Германское гражданское право представляетъ примѣръ заимствованія идеи, получившей первоначальное развитіе въ торговомъ правѣ. Правда, при составленіи германскаго гражданскаго уложенія этотъ вопросъ рѣшался не безъ колебаній, и сначала даже предполагалось не устанавливать отвѣтственности новаго собственника за долги, лежавшіе на имуществѣ при переходѣ его по сдѣлкѣ inter vivos [5]). Но въ конечномъ результатѣ явился § 419 гражданскаго уложенія, которымъ признается отвѣтственность

---

[4]) Противоположное соглашеніе обязательно для третьихъ лицъ лишь въ томъ случаѣ, если оно внесено въ торговый реестръ. § 25, Abs. 2. Критическія замѣчанія по поводу этого послѣдняго постановленія у Meschelsohn'a. Wirtschaftltche Grundsätze (1897), стр. 11.

[5]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 150—151.

собственника перешедшаго имущества, ограниченная, однако, стоимостью самаго имущества [6]).

Купеческое предпріятіе, въ качествѣ торговаго заведенія, является особымъ домициліумомъ для регистраціи, исковъ, исполненія обязательствъ [7]). Русскій проектъ говоритъ въ ст. 198 о торговомъ заведеніи, какъ мѣстѣ передачи проданнаго товара, но упускаетъ указать на заведеніе, какъ общее мѣсто исполненія обязательствъ между купцами или предъ купцами (ср. ст. 82), и лишь относительно товариществъ говоритъ о мѣстѣ нахожденія фирмы (ст. 648, 695 и др.), о мѣстѣ нахожденія открываемой конторы или агенства иностраннаго акціонернаго товарищества (ст. 757), о мѣстѣ нахожденія правленія (ст. 872).

Къ юридическимъ особенностямъ купеческаго предпріятія принадлежитъ особаго рода отношеніе къ предпріятію лицъ вспомогательнаго персонала. Эта особенность получаетъ нѣкоторое выраженіе въ ст. 405 русскаго проекта. Къ сожалѣнію, высказанной тамъ мысли не дается дальнѣйшаго развитія, не смотря на то, что авторамъ нужно было лишь заимствовать изъ дѣйствующаго права уже готовую норму (находящуюся не на своемъ мѣстѣ)—ст. 19 прил. къ ст. 1238 (1 прим.) т. X ч. I, въ силу которой „въ случаѣ смерти хозяина торговаго предпріятія, всѣ служившіе при немъ конторщики, приказчики и артельщики обязаны непремѣнно оставаться при должностяхъ своихъ впредь до представленія, каждымъ по своей части, надлежащихъ кому слѣдуетъ отчетовъ“. И мы тѣмъ болѣе вправѣ были ожидать помѣщенія (вслѣдъ за ст. 415) этой нормы т. X ч. I, что несомнѣнное вліяніе выраженнаго въ ней принципа можно наблюдать въ томъ же проектѣ—въ ст. 415 (въ концѣ) и ст. 435 (ср. 1544 и 2238 т. X ч. I).

Мы отмѣтили нѣсколько пунктовъ, стоящихъ въ тѣсной связи съ купеческимъ предпріятіемъ. Но гораздо бо́льшее значеніе имѣютъ

---

[6]) Переходной стадіей явились тѣ законы и проекты, которые дѣлаютъ пріобрѣтателя безусловно отвѣтственнымъ за долги, если онъ не принялъ имущества по инвентарю. Riesser. Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen (1894), стр. 17. — Нѣкоторое несоотвѣтствіе между § 25 и § 419 отмѣчено было въ рейхстагѣ. См. Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 166 (254), рѣчь Roeren.

[7]) По германскому праву. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 66. По русск. пр.—для исковъ противъ компаній, обществъ, товариществъ. Уст. гр. суд., ст. 221.

связанные съ предпріятіемъ институты фирмы, регистраціи и купеческихъ книгъ, получившіе къ тому-же гораздо большую опредѣленность юридическую, чѣмъ само торговое предпріятіе. Какъ должно отнестись къ этимъ институтамъ гражданское уложеніе, имѣющее обнять въ себѣ торговое право? вотъ вопросъ, которымъ мы здѣсь займемся, отнюдь не думая входить въ изученіе самыхъ институтовъ.

Ученіе о фирмѣ должно найти себѣ мѣсто въ гражданскомъ уложеніи, потому что это институтъ частноправовой. Фирменное право защищается противъ всѣхъ и каждаго искомъ, направленнымъ на запрещеніе дальнѣйшаго незаконнаго пользованія чужой фирмой и искомъ о возмѣщеніи убытковъ [8]). Фирма защищается, потому что она представляетъ имущественную цѣнность. А если такъ, то очевидно, что она можетъ быть и предметомъ отчужденія, не иначе, однако, какъ вмѣстѣ съ предпріятіемъ (§ 22—23 герм. торг. улож. 1897). Въ виду значенія фирмы, какъ наименованія предпріятія, имѣющаго опредѣленный кругъ дѣловыхъ сношеній, какъ имени, подъ которымъ купецъ совершаетъ сдѣлки и выступаетъ въ процессѣ (§ 17 герм. торг. улож. 1897),—законъ предписываетъ особыя условія для возникновенія фирмы и фирменнаго права. Свободно избранная фирма должна удовлетворять принципу истинности [9]), исключительности (§ 30) и единства [10]).

Таковъ законченный частноправовой институтъ фирмы. Онъ получилъ блестящее развитіе въ обоихъ германскихъ торговыхъ уложеніяхъ, изъ которыхъ первое оказало сильное вліяніе на швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ, предоставившій зарегистровывать свою фирму каждому, кто думаетъ заниматься торговлей, промысломъ или ремесломъ, и поставившій въ обязанность это занесеніе фирмы въ реестръ тому, чья торговля или промыселъ ведется на купеческихъ началахъ (§ 865). Частноправовой характеръ института не подлежитъ сомнѣнію и по швейцарскому закону (§ 876). Но что особенно любопытно, такъ это вліяніе ученія о фирмѣ на

---

[8]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1897), стр. 81, 83 сл.

[9]) § 18. Нарушеніе принципа при переходѣ фирмы съ предпріятіемъ. § 23. Критику см. въ Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 166 (244). Иначе: тамъ же, стр. 171 (259) и 180 (268), гдѣ доказывается большая связь фирмы съ предпріятіемъ, чѣмъ съ личностью принципала.

[10]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1897), стр. 79.

гражданское право. Въ германскомъ уложеніи оно отразилось въ § 12, по которому: если кѣмъ-либо оспаривается у управомоченнаго лица его право на имя, или его интересъ нарушается тѣмъ, что кто-нибудь присвоиваетъ себѣ одинаковое съ нимъ имя, то управомоченный можетъ требовать прекращенія такого нарушенія правъ, а при дальнѣйшихъ нарушеніяхъ—можетъ предъявить искъ о воспрещеніи ихъ на будущее время. Оба эти иска частноправовые [11]).

Какая же судьба ожидаетъ фирменное право у насъ? Предназначено ли для фирмы какое либо мѣсто въ гражданскомъ уложеніи? Быть можетъ, право на фирму будетъ помѣщено въ отдѣлъ вещныхъ правъ на нематеріальные предметы; противъ этого ничего нельзя возразить [12]). А если такого мѣста не предназначено, почему не помѣстить въ третій раздѣлъ пятой книги правилъ на случай нарушенія фирменнаго права? Наконецъ, швейцарскій законъ является примѣромъ помѣщенія всѣхъ изучаемыхъ теперь институтовъ внѣ системы: законодатель не разрѣшилъ затрудненій, возникающихъ при распредѣленіи институтовъ профессіональной экономической дѣятельности, но за то и не оставилъ безъ нихъ оборотъ и судебную практику. Мало вѣроятнымъ представляется предположеніе, что фирменное частное право останется внѣ будущаго уложенія. А если для фирменнаго права найдется мѣсто въ системѣ гражданскаго права, то, казалось, своевременно было заняться выясненіемъ этого института теперь же, по крайней мѣрѣ, въ объяснительной запискѣ. Въ противномъ случаѣ возникаетъ сомнѣніе, не останемся ли мы съ тѣми немногими статьями о товарищеской фирмѣ, какія имѣются въ дѣйствующемъ Уставѣ торговомъ, и какія переносятся теперь въ проектъ [13]). Будутъ ли защищаться фирмы единичныхъ купцовъ? Предполагается ли создать какой либо спеціальный искъ?—Эти вопросы представляютъ тѣмъ бо́льшій интересъ, чѣмъ слабѣе защита фирмы по дѣйствующему праву. Существуетъ, правда, мнѣніе, что у насъ законъ даетъ гораздо больше средствъ охраненія фирменнаго права, чѣмъ тамъ, гдѣ это прямо признается [14]). Нельзя не согласиться, что рекомендуемыя

---

[11]) Ср. Cosack. Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. I B. (1898), стр. 385 (a). Stobbe. Handbuch des Deutschen Privatrechts. III B. (1898), стр. 88.

[12]) См Stobbe. Handbuch des Deutschen Privatrechts. III Bd. (1898), стр. 88, пр. 1. Калифорнское гражданское уложеніе, ст. 467.

[13]) Ст. ст. 644, 645, 691, 693, 704, 719, 729, 869, 872, 941.

[14]) Проф. Гольмстенъ. Очерки по русскому торговому праву (1895). стр. 56. 63.

ст.ст. т. X ч. I 685, 644 и 684 по широтѣ редакціи могутъ быть примѣняемы практикой, да отчасти и примѣняются къ защитѣ фирмы. Но вѣдь безспорно, что законодатель не имѣлъ въ виду обнять означенными статьями и незаконное пользованіе чужой фирмой. И потому мы должны сказать, что фирменное право у насъ защищается лишь судебной практикой, которая нуждается въ указаніяхъ закона [15]).

Еще болѣе важное значеніе въ торгово-промышленномъ оборотѣ имѣетъ регистрація. Въ основаніи этого института лежитъ та же идея, что и въ ипотечной системѣ. Регистрація служитъ для распознаваемости отношеній. Поддерживая кредитъ, она является средствомъ контроля надъ торгово-промышленной жизнью. Явившись сначала въ качествѣ сословнаго института, тѣсно связаннаго съ гильдейской организаціей, регистрація уже въ XVIII вѣкѣ [16]), какъ было замѣчено ранѣе, получаетъ частноправовую организацію, но и въ этомъ новомъ видѣ продолжаетъ исполнять прежнія функціи контроля. Съ одной стороны, этотъ контроль захватилъ теперь несравненно болѣе широкую область, такъ какъ регистрація порвала связь съ гильдіями. Но, въ другомъ отношеніи, значеніе регистраціи съузилось, такъ какъ ей подлежали лишь нѣкоторые, очень немногіе факты торгово-промышленной жизни купца [17]). Институтъ регистраціи впервые обобщается и, вмѣстѣ съ тѣмъ, получаетъ болѣе опредѣленную частноправовую организацію въ германскомъ уложеніи 1861, затѣмъ въ швейцарскомъ союзномъ законѣ 1881 г., превратившемъ регистрацію изъ торговой въ промышленную въ настоящемъ смыслѣ [18]), и, наконецъ, въ германскомъ уложеніи 1897.

Цѣль публичности торговой записи по новому уложенію достигается тѣмъ, что записи могутъ быть обозрѣваемы въ присутственные

---

[15]) См. Уставъ торговый съ разъясн. по рѣш. Прав. Сен. Сост. Д. Носенко под. ст. 71. А. П. Башиловъ. Русское торговое право. Вып. I (1887), стр. 126 сл. 134. Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 149—150. А. Х. Гольмстенъ. Очерки по русскому торговому праву. В. I (1895), стр. 51 сл. Ср. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. I (1889), стр. 157—158.

[16]) Goldschmidt. Universalgeschichte des Handelsrechts (1891), стр. 241.

[17]) Allgem. Preuss. Landr. 1794. II ч., VIII тит., § 503. Code de commerce. 1807: а) авторизація малолѣтняго (art. 3), б) учрежденіе товарищества (ср законъ 1814 г. и 1867, tit. IV, в) брачные договоры купцовъ.

[18]) См. §§ 865, 422, ч. 3 и 425, 552 и 590, 678, 718. Ср. Gierke. Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches въ Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht. XLV Bd. (1896), стр. 460.

часы, во вторыхъ, что каждый можетъ требовать выписки, въ третьихъ — содержаніе записей обыкновенно публикуется въ газетахъ (§ 8—11). Торговая регистрація по германскому праву несравненно полнѣе французской и тѣмъ болѣе русской, однако, и въ Германіи далеко не всѣ правоотношенія купца должны быть зарегистрованы. Соображенія цѣлесообразности не допускаютъ ригорическаго проведенія принципа публичности, тѣмъ болѣе, что оно не требуется и общественнымъ интересомъ. Зарегистрованію, по новому уложенію, подлежатъ слѣдующіе важнѣйшіе факты: фирма и мѣсто торговаго заведенія (§ 29), торговое товарищество (§§ 200, 277 ч. 3, 320), открытіе конкурса (§ 32) и установленіе прокуры (§ 53). Зарегистрованіе предоставляется иниціативѣ купца, отвѣчающаго административнымъ штрафомъ за неисполненіе закона (§ 14). Но разъ регистрація совершена, тогда наступаютъ по общему правилу[19]) уже частноправовыя послѣдствія. Такъ фактъ учрежденія фирмы, прокуры и торговаго товарищества лишь съ момента регистраціи становится обязательнымъ для каждаго третьяго лица, развѣ будетъ доказано, что фактъ не извѣстенъ и не долженъ былъ быть извѣстенъ (§ 15). Въ другихъ случаяхъ регистрація является даже основаніемъ извѣстнаго юридическаго факта. Правоотношеніе съ момента регистраціи становится обязательнымъ для каждаго, не исключая и того, кому фактъ регистраціи остался безъ его вины неизвѣстнымъ. И наоборотъ: безъ регистрированія правоотношеніе не имѣетъ значенія даже относительно того, кто зналъ о самомъ фактѣ. Таково именно значеніе регистраціи германскаго акціонернаго товарищества, товарищества съ ограниченной отвѣтственностью и коммандиты на акціяхъ (§ 200, § 277 Abs. 3). Такое же значеніе имѣетъ регистрація для новой категоріи купцовъ германскаго права, о которыхъ говорится въ §§ 2 и 3[20]) (ср. швейц. зак. § 863).

Описанная организація торговой записи могла бы служить образцомъ для реформы нашего несовершеннаго законодательства по этому предмету, знающаго регистрацію лишь отдѣльныхъ фактовъ,

---

[19]) Исключеніе для случая открытія конкурса, обязанность регистраціи каковаго санкціонируется административнымъ штрафомъ. § 32.

[20]) Ср. регистрацію въ морскомъ правѣ. Уст. торг., ст. 139 сл., Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 164—165. — Иногда только зарегистрованные суда могутъ быть предметомъ залога (гипотеки).

касающихся учрежденія товарищества [21]), и далеко не выработавшаго частноправовой защиты связанныхъ съ записью отношеній. Недостатки дѣйствующаго права сознаны давно, о чемъ свидѣтельствуетъ имѣющійся проектъ торговой записи [22]). „Учрежденіе торговой записи, по словамъ автора проекта: представляется одною изъ наиболѣе существенныхъ мѣръ къ упорядоченію нашей торговли. Торговая запись, обезпечивая своевременное оглашеніе существенныхъ данныхъ о положеніи всякаго торговаго предпріятія, тѣмъ самымъ устраняетъ неизбѣжную, при отсутствіи такого оглашенія, неопредѣленность и шаткость юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ сдѣлокъ, заключаемыхъ по дѣламъ торговаго предпріятія". Теперь, при редактированіи гражданскаго уложенія, вполнѣ своевременно вспомнить объ этомъ проектѣ. Сближеніе торговаго права съ гражданскимъ обнаружитъ несомнѣнныя аналогіи для торговой записи въ институтахъ гражданскаго права, и даже, быть можетъ, позволитъ объединить торговую регистрацію, какъ понятіе видовое, въ какомъ-либо родовомъ институтѣ. Но это обстоятельство не освобождаетъ насъ отъ выясненія тѣхъ особенныхъ условій дѣйствія торговой регистраціи, какими обязана она торгово-промышленному обороту. Цѣль торговой записи одинакова съ ипотечными книгами, но для различныхъ объектовъ существуетъ та и другая: земля—съ одной стороны, предпріятіе, фирма, довѣренность, конкурсъ—съ другой. Подвижность объектовъ торгово-промышленнаго оборота, по выясненнымъ уже причинамъ, создаетъ бо́льшую опасность для общества и третьихъ лицъ—отсюда бо́льшая строгость регистраціи въ области профессіональной экономической дѣятельности.

Авторы проекта обязательственнаго права [23]), критикуя дѣйствующій порядокъ оглашенія учрежденія товариществъ, совершенно правильно желаютъ сосредоточить это оглашеніе въ вотчинныхъ установленіяхъ. Съ принципіальной точки зрѣнія это заявленіе важно въ двоякомъ отношеніи. Этимъ сближеніемъ самъ собой рѣшается вопросъ о мѣстѣ торговой записи въ системѣ гражданскаго права.

---

[21]) Уставъ торговый. Ст. 67—69. О недостаткахъ этой регистраціи и о практикуемыхъ у насъ намекахъ на регистрацію единичныхъ купцовъ (въ купеческихъ управахъ) см. А. П. Башиловъ. Русское торговое право. В. I (1887), стр. 97 сл.

[22]) А. П. Башиловъ. Русское торговое право. Вып. I (1887), стр. 96.

[23]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. III (1899), стр. 451.

„Проектируемая (648) статья, читаемъ мы въ объяснительной запискѣ: предполагаетъ сосредоточить свѣдѣнія объ учрежденіи и устройствѣ товариществъ въ вотчинныхъ установленіяхъ, такъ какъ регистрація товариществъ и ихъ фирмъ имѣетъ не малое сходство съ регистраціей имѣній и вотчинныхъ правъ“ [24]). Этимъ сближеніемъ коммисія какъ бы признаетъ и частноправовую сторону нашего института. Но является вопросъ: почему редакторы уложенія поставили институтъ регистраціи въ столь тѣсные предѣлы? Почему не вывели его за предѣлы товарищества [25]), вопреки устарѣвшей французской системѣ и по примѣру болѣе совершенной—германской? Объяснительная записка не даетъ отвѣта, какъ проектъ не даетъ никакихъ правилъ о торговой записи и юридическихъ послѣдствіяхъ, съ нею связанныхъ. „Проектъ, читаемъ мы въ мотивахъ: предполагая возложить веденіе торговыхъ записей о товариществахъ на вотчинныя установленія, не касается вопроса объ устройствѣ торговой регистраціи, такъ какъ этотъ вопросъ относится къ правиламъ о введеніи гражданскаго уложенія въ дѣйствіе и находится въ связи съ выработаннымъ въ Министерствѣ Финансовъ проектомъ положенія о записи и передачѣ торговыхъ и промышленныхъ заведеній“ [26]). Но это заявленіе даетъ основаніе думать, что выработанныя Министерствомъ Финансовъ правила торговой записи имѣютъ въ виду регистрацію не однихъ товариществъ, но вообще торговыхъ и промышленныхъ предпріятій. Тогда становится еще болѣе непонятнымъ съуженіе Редакціонной коммисіей значенія торговой записи.

Послѣдній институтъ профессіональной экономической дѣятельности, который мы здѣсь лишь отмѣтимъ,—купеческія книги. Значеніе ихъ для защиты общественнаго интереса противъ умышленныхъ, неосторожныхъ и случайныхъ нарушеній можно считать немного меньшимъ, чѣмъ значеніе торговой регистраціи. Цѣль ихъ во всякомъ случаѣ едина, внѣшнее устройство правда различно, но внутренняя организація сходна. Въ своемъ историческомъ развитіи, наравнѣ съ другими институтами профессіональной экономической дѣятельности, купеческія книги прошли двѣ стадіи. Прежде всего онѣ явились институтомъ публичнымъ, санкціонированнымъ полицейскими предписа-

---

[24]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. III (1899), стр. 451.
[25]) См. ст. ст. 648, 649, 650, 660, 661, 672, 696, 741, 742, 743, 746, 747, 763, 873.
[26]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями Т. III (1899), стр. 457.

ніями и административными штрафами. Рядомъ съ этимъ книги всегда являются привилегированнымъ судебнымъ доказательствомъ, не утративъ и до сихъ поръ этого значенія.

Наилучшій представитель стараго взгляда на купеческія книги, русскій Уставъ торговый и до сихъ поръ стоитъ на полицейской точкѣ зрѣнія. Это не помѣшало, однако, и нашему правосознанію усвоить иную точку зрѣнія на купеческія книги. Частноправовая сторона купеческаго книговодства признается ст. 624 русскаго проекта, по которой: „каждый товарищъ (простого товарищества) имѣетъ право ознакомляться съ ходомъ дѣлъ товарищества, обозрѣвать книги и бумаги товарищества и извлекать изъ нихъ всѣ тѣ свѣдѣнія, которыя ему необходимы для выясненія имущественнаго положенія товарищества". По ст. 853: „книги, дѣла и документы товарищества (акціонернаго) передаются ликвидиторами въ вотчинное установленіе, которое обязано хранить ихъ въ теченіе десяти лѣтъ; допускать бывшихъ акціонеровъ и вѣрителей прекратившагося товарищества къ обозрѣнію этихъ книгъ, дѣлъ и документовъ и выдавать копіи, выписки и справки...". По ст. 962: „...страхователь, въ случаѣ пожара, обязанъ представить доказательства стоимости товара, находившагося на лицо во время пожара; по требованію страховщика онъ обязанъ представить книги, которыя велись имъ по данному предпріятію".

Санкціей такихъ частноправовыхъ правомочій, особенно важныхъ въ товарищескихъ отношеніяхъ, но возможныхъ и въ отношеніяхъ между малолѣтнимъ купцомъ и его опекуномъ, между коммитентомъ и коммисіонеромъ[27]), долженъ быть гражданскій искъ на возмѣщеніе вреда. Отъ гражданскаго уложенія можно ожидать наибольшаго выясненія частноправовой стороны обязанностей, возлагаемыхъ на купцовъ по веденію книгъ[28]).

—

Таковы институты профессіональной экономической дѣятельности. На протяженіи исторіи они выработали свою частноправовую конструкцію, которая становится еще болѣе очевидной теперь, при объединеніи торговаго права съ гражданскимъ. Сопоставленіе двухъ

---

[27]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1897), стр. 76.

[28]) См. германское уложеніе 1897 г., §§ 38 — 47. Швейцарскій законъ объ обязательствахъ, §§ 877 — 880.

системъ указываетъ на аналогіи для этихъ институтовъ, находимыя въ гражданскомъ правѣ. Но ближайшее выясненіе цѣли ихъ побуждаетъ обезпечить за ними хотя и широкую, но все же вполнѣ опредѣленно отграниченную сферу торгово-промышленныхъ отношеній.

---

§ 4. Свобода оборота.

Въ дальнѣйшихъ параграфахъ мы остановимся на нѣкоторыхъ важнѣйшихъ общихъ началахъ, считающихся въ спеціальной литературѣ исключительной или преимущественной принадлежностью торговаго права. Въ дѣйствительности мы будемъ имѣть дѣло съ такими принципами, которые лишь болѣе опредѣленно выражены были впервые въ торговыхъ уложеніяхъ, а теперь дѣлаются общими для всего оборота. Переходъ этихъ „торговыхъ" принциповъ въ гражданское право, съ возможными отклоненіями при примѣненіи ихъ въ области торгово-промышленной, является однимъ изъ важнѣйшихъ моментовъ реализаціи идеи самостоятельнаго торговаго права. Если мы успѣемъ убѣдиться въ общности принциповъ двухъ, до сего самостоятельныхъ и независимыхъ системъ частнаго права, и въ отнюдь не принципіальной особенности отклоненій для торгово-промышленной области отношеній, то должны будемъ признать нормальной происходящую реализацію, являющуюся поправкой къ продолжительному монополизированію торговымъ правомъ общихъ, не ему одному принадлежащихъ принциповъ [1]).

—

Первый и основной принципъ, приписываемый торговому праву, есть свобода оборота, проявляющаяся въ особомъ значеніи торговаго обычая и въ свободѣ договора.

---

[1]) Съ установившейся точки зрѣнія, видящей въ торговомъ правѣ самостоятельное развитіе спеціальныхъ принциповъ, въ настоящее время происходитъ не распространеніе общихъ началъ на весь гражданскій оборотъ, а вліяніе идей торговаго права на гражданское право. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. I (1889), стр. 66—67. Felix Dahn. Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig. 1875, стр. 14 слл, Riesser. Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (1894), стр. 10 слл., различаетъ три пути вліянія: а) установленіе въ гражданскомъ уложеніи исключеній для купцовъ и торговыхъ сдѣлокъ, б) модификацію нормъ гражданскаго права въ торговоправовомъ смыслѣ и, наконецъ, в) безусловное воспріятіе гражданскимъ правомъ торговоправовыхъ принциповъ.

Что торговое право въ теченіе долгаго періода развивалось путемъ обычая—это вѣрно, какъ вѣрно и то, что чрезъ обычай совершалось все городское праворазвитіе, что обычай вообще игралъ исключительную роль до усиленія государственной власти, которая въ свое время взяла въ свои руки и торговое право. А тамъ, гдѣ до сихъ поръ нѣтъ законодательнаго торговаго права, это послѣднее надо искать, говорятъ, въ обычаѣ, быть можетъ, и неизвѣстномъ, скрытомъ въ нѣдрахъ торговаго оборота. Такъ, будто-бы обстоитъ дѣло въ Россіи, гдѣ торговое право тожественно съ торговыми обычаями, которые должны быть разысканы и кодифицированы, и должны лечь въ основаніе системы русскаго торговаго права. Можетъ быть это и такъ, однако, нельзя не удивляться, что судебная практика до сихъ поръ не убѣдила насъ въ существованіи развитого русскаго обычнаго права. Совершенно напротивъ, то, что удалось ей констатировать, заставляетъ скорѣе признать, что и этотъ источникъ права дѣйствовалъ и дѣйствуетъ у насъ не съ бо́льшей энергіей, чѣмъ законодательное торговое право. На основаніи неудавшихся попытокъ собиранія торговыхъ обычаевъ и построенія на обычаѣ системы русскаго торговаго права можно признать, что законодательное разрѣшеніе вопросовъ, относимыхъ обыкновенно къ торговому праву, не должно быть откладываемо до того безконечно отдаленнаго момента, когда будутъ собраны, изучены и кодифицированы русскіе торговые обычаи.

Но является другой, практически болѣе важный вопросъ: какую роль долженъ играть обычай въ будущемъ? Можетъ-ли торговый обычай играть роль предоминирущую предъ закономъ? Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что торговый обычай не можетъ конкуррировать съ торговымъ же закономъ. Но съ закономъ гражданскимъ?

Здѣсь можетъ быть два отвѣта. Если торговое право есть спеціальная система, построенная на особыхъ торговоправовыхъ принципахъ, то, очевидно, что гражданскій законъ не можетъ конкуррировать не только съ торговымъ закономъ, но и съ торговымъ обычаемъ. Понятно почему 1 Art. торговаго уложенія 1861 г. установилъ правило, что въ торговыхъ дѣлахъ, за отсутствіемъ соотвѣтствующихъ нормъ въ торговомъ законодательствѣ, примѣняются торговые обычаи, а за неимѣніемъ ихъ—общее гражданское право. По толкованію Goldschmidt [2]), торговое право, будетъ ли то законъ или

[2]) Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 370 сл.

обычай, притомъ какъ общее, такъ и партикулярное,—въ торговыхъ дѣлахъ примѣняется прежде гражданскаго закона; даже партикулярные торговые обычаи, если только они не противорѣчатъ нравственности и государственному порядку, — отмѣняютъ нормы гражданскаго права, хотя бы и абсолютныя, если противное прямо не оговорено [3]).

Таковъ одинъ отвѣтъ. Но если торговое право лишь часть гражданскаго, если оно покоится на общихъ принципахъ съ гражданскимъ правомъ? Отвѣтъ получится иной. Повелительныя нормы гражданскаго права тогда уже не могутъ быть отмѣнены торговымъ обычаемъ. Если въ гражданскомъ законѣ устанавливается максимумъ процента по займамъ, и для торговли не сдѣлано исключенія ни въ гражданскомъ, ни въ торговомъ законѣ, то торговый обычай не могъ бы повысить эту норму. Такой взглядъ высказанъ и развитъ былъ французской литературой, не имѣвшей для себя опредѣленныхъ указаній въ законѣ [4]).

Но такое положеніе гражданскаго закона, по сравненію съ торговымъ обычаемъ, предполагаетъ принципіальную перемѣну взгляда на торговое право, которое не можетъ считаться, при подобномъ рѣшеніи вопроса, спеціальной системой. Авторы новаго торговаго уложенія для Германіи обнаружили такую именно перемѣну во взглядѣ на торговое право, вычеркнувъ изъ торговаго уложенія первую статью. Въ предисловіи къ объяснительной запискѣ они даютъ и обоснованіе

---

[3]) Приводимые авторомъ историческіе примѣры: не смотря на запрещеніе анотоцизма, дѣйствовалъ обычай процентовъ на проценты при конто-корренто; признаніе обычаемъ ордерныхъ и предъявительскихъ бумагъ, не смотря на предъявлявшееся гражданскимъ правомъ требованіе causa debendi.—Иначе и не вполнѣ послѣдовательно съ точки зрѣнія спеціальнаго торговаго права рѣшаютъ этотъ вопросъ Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. Ed. 2. T. I (1889), стр. 71, сл., А. Х. Гольмстенъ. Очерки по русскому торговому праву. В. I. СПБ. 1895, стр. 23. Проф. Азаревичъ. Очерки по торговому праву. В. I. Варшава. 1897, стр. 43.

[4]) Massé. Le droit commercial. T. III (1874), стр. 24. Даже такіе сторонники полной независимости торговаго права отъ гражданскаго, какъ Delamarre et Le Poitvin. Traité théorique et pratique de droit commercial. T. I (1861), стр. 71, ставятъ впереди законы гражданскіе, преслѣдующіе интересы нравственности и общественнаго порядка, далѣе—договоры, законы торговые, обычай и, наконецъ, законы гражданскіе о договорахъ. Въ новой литературѣ различаютъ законы гражданскіе императивные и диспозитивные, изъ которыхъ первые предшествуютъ торговымъ обычаямъ. Thaller. Traité élémentaire de droit commercial (1898), стр. 41—43. Ср. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. I (1889), n° 82, стр. 71—72—склоняется къ порядку нѣмецкому.

этому факту [5]). Гражданское уложеніе, говорятъ авторы объяснительной записки, не содержитъ никакихъ постановленій объ обязательной силѣ обычая, предоставляя рѣшеніе вопроса наукѣ и практикѣ. Но, во всякомъ случаѣ, мѣстный и партикулярный обычай не могутъ отмѣнять гражданскаго закона. То же самое должно быть признано и для торговаго права. Оставить въ силѣ Art. 1 торговаго уложенія 1861 г. значитъ допустить въ будущемъ дѣйствовать въ формѣ обычая прежнимъ мѣстнымъ правамъ [6]). Къ этому надо прибавить, что многочисленныя нормы торговаго права, закрѣпленныя теперь въ гражданскомъ уложеніи, при дѣйствіи Art. 1, могли бы быть измѣняемы черезъ торговый обычай. Если считалось невозможнымъ допустить дѣйствіе торговаго обычая противъ торговаго закона, то то же самое должно быть впредь и относительно закона гражданскаго, во многомъ приблизившагося къ торговому. О конкурренціи торговаго обычая съ принудительными нормами гражданскаго права, конечно, не можетъ быть и рѣчи, но авторы склонны думать, что какое-бы то ни было раздѣленіе нормъ гражданскаго права (т. е. на прецептивныя, диспозитивныя и т. п.) практически было бы связано съ большими затрудненіями. Впрочемъ, поскольку дѣло идетъ о конкурренціи партикулярнаго торговаго обычая съ диспозитивнымъ гражданскимъ закономъ, то практика могла-бы воспользоваться въ интересахъ обычая § 346 новаго торговаго уложенія, хотя этотъ параграфъ и говоритъ не объ обычаяхъ, а лишь объ обыкновеніяхъ. Что же касается обычая общаго (въ отличіе отъ партикулярнаго и мѣстнаго), то по утвержденію объяснительной записки законодатель не останавливается на его регулированіи по той простой причинѣ, что образованіе такого обычая представляется мало вѣроятнымъ.

Въ литературѣ торговаго уложенія 1897 указывалось не на трудность образованія общаго обычая, а на невозможность законодателя услѣдить за развитіемъ обычая мѣстнаго и предупредить дѣйствіе

---

[5]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 3—5.

[6]) Art. 1 выпущенъ т. о. съ опредѣленной цѣлью и потому не точно было бы объяснять реформу лишь трудностью законодательнаго рѣшенія вопроса о предѣлахъ дѣйствія обычая, какъ то дѣлаетъ Gierke. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. 45 B. (1896), стр. 446, дальше—уже настоящіе мотивы реформы. Въ рейхстагѣ одинъ ораторъ замѣтилъ, что торговые обычаи выгодны для купцовъ, но не выгодны для не-купцовъ. Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 980 (268).

этого послѣдняго противъ гражданскаго закона [7]). Указывали далѣе и на неправильность уравненія гражданскихъ нормъ диспозитивныхъ съ прецептивными, и успокаивались лишь на томъ, что § 346 de facto обезпечитъ дальнѣйшее развитіе торговаго обычнаго права [8]). Для нашихъ цѣлей нѣтъ надобности входить въ детали этого интереснаго вопроса. Достаточно лишь отмѣтить принципіальную перемѣну во взглядахъ на положеніе торговаго обычая.

Можно еще замѣтить здѣсь, что новая постановка вопроса о торговомъ обычаѣ, вполнѣ соотвѣтствующая современнымъ задачамъ государства по отношенію къ профессіональной экономической дѣятельности, какъ нельзя проще, изъясняетъ намъ смыслъ спорной до сихъ поръ ст. 1. Устава торговаго, по буквѣ которой торговый обычай примѣняется послѣ гражданскаго закона [9]). Не останавливаясь на контроверзахъ, вызванныхъ въ литературѣ этой статьей, можно ограничиться указаніемъ на аналогію ея съ порядкомъ новаго торговаго права въ Германіи, объясняемую одинаковостью взгляда на обычай, какъ норму дополнительную къ закону. Можно думать, что ст. 1 Устава торговаго, являющаяся, правда, кодификаціонной и не имѣющая непосредственныхъ историческихъ основаній въ торговомъ правѣ, опирается тѣмъ не менѣе на общій духъ законодательства.

Что касается проекта гражданскаго уложенія, то по словамъ объяснительной записки, онъ „открываетъ болѣе широкій, сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ, доступъ обычаямъ, имѣя въ виду, съ одной стороны, не препятствовать свободному развитію обычнаго права, а съ другой—вполнѣ выяснить случаи примѣненія мѣстныхъ обычаевъ“ [10]).

---

[7]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 21.

[8]) Staub. Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin. 1896, стр. 7. — Напротивъ Dickel. Bemerkungen zu dem Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuchs. Berlin. 1897, стр. 3, указываетъ, что судебная практика строго различаетъ обыкновеніе и обычай.

[9]) Сводъ мнѣній см. напр. у проф. Азаревича. Очерки по торговому праву. В. 1 (1897), стр. 43, который устанавливаетъ порядокъ примѣненія нормъ, аналогичный Art. 1 HGB. (1861), съ подраздѣленіемъ, впрочемъ, по примѣру профессора Гольмстена. Очерки по русскому торговому праву (1895), стр. 23 сл., законовъ гражданскихъ на прецептивные и диспозитивные. Правильнѣе мнѣніе профессора Г. Ф. Шершеневича. Курсъ торговаго права (1899), стр. 71 сл. Проф. Малышевъ. Курсъ общаго гражданскаго права Россіи. Т. I. СПБ. 1878, стр. 104.

[10]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. XLII. Примѣры допущенія обычая въ ст. ст. 12, 189, 909, 923.

Изъ этихъ случаевъ дозволеннаго примѣненія обычая въ проектѣ обязательственнаго права можно видѣть одно, что торгово-промышленному обычаю не отводится здѣсь какого-либо исключительнаго положенія, по сравненію съ обычаемъ общегражданскимъ.

—

Свобода договора всегда считалась преимущественной принадлежностью торговаго права, для котораго казались непригодными государственное вмѣшательство вообще, принудительный характеръ договорнаго права въ частности. Но легко понять, что если торговое право нормировало преимущественно профессіональную экономическую дѣятельность, то ему именно больше всего и приличествовалъ принудительный характеръ. Торговое право совершенно искусственно не вводило въ свою систему всѣхъ тѣхъ нормъ частнаго промышленнаго, фабричнаго права, которыя явились наилучшимъ примѣромъ государственнаго вмѣшательства въ частноправовую сферу. Фабричное законодательство о договорѣ личнаго найма, конечно, должно было быть относимо къ ученію о вспомогательномъ торговомъ персоналѣ [11]). Проектъ германскаго торговаго уложенія, въ нормированіи положенія приказчиковъ, принимаетъ ограниченіе свободы соглашенія, какъ основной принципъ [12]) и при первомъ же чтеніи въ Рейхстагѣ всѣми ораторами былъ за то привѣтствованъ, какъ крупный шагъ впередъ [13]). Въ проектѣ, нѣсколько развитомъ и дополненномъ парламентской коммисіей [14]), свобода соглашенія подвергается такимъ ограниченіямъ, какихъ не знаетъ даже новѣйшее гражданское уложеніе. Договоръ личнаго найма приказчиковъ, составляющій шестой раздѣлъ первой книги торговаго уложенія (§ 59 ст.), нормированъ съ выдающимся вниманіемъ къ положенію приказчиковъ, къ интересамъ жизни, здоровья, нравственности и религіознымъ. Законодатель обезпечиваетъ самыми рѣшительными мѣрами судьбу приказчиковъ и торговыхъ уче-

---

[11]) Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899), стр. 207 сл. Ср. Regelsberger въ Endemann's Handbuch. B. II (1882), стр. 301. См. 471—указанія на эти новыя теченія въ законодательствѣ и даже судебной практикѣ нѣмецкой и французской.

[12]) Denkschrift zu dem Entwurf (1897), стр. 58.

[13]) Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 166 (254), 171 (259), 176 (264) и мн. др.

[14]) Дополненія, сдѣланныя коммисіей, напр., въ § 61 проекта (§ 62 уложенія) и § 62 проекта (§ 63 уложенія) см. Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897) Beschlüsse der Kommission, стр. 282 (370), 283 (371).

никовъ, объявляя свои нормы прецептивными, и всякія соглашенія, отъ нихъ уклоняющіяся, ничтожными. Важный общественный интересъ, связанный съ этими нормами, побудилъ законодателя ввести въ дѣйствіе ихъ немедленно, съ 1-го января 1898, тогда какъ все торговое уложеніе вступило въ силу лишь съ 1-го января 1900 г. [15]).

Эти ограниченія объясняются отношеніемъ нанимаемыхъ къ предпріятію, опасеніемъ законодателя предоставить свободу договора тамъ, гдѣ сталкиваются неравныя силы—нанимающагося и нанимателя—профессіональнаго экономическаго дѣятеля, для котораго спекуляція—главная цѣль. Но само собой разумѣется, что въ договорѣ личнаго найма это неравенство силъ зависитъ не отъ однихъ свойствъ предпріятія. Авторы русскаго проекта хорошо поняли свою задачу и объединили въ общемъ ученіи о личномъ наймѣ наемъ приказчиковъ. Такимъ образомъ, авторы проекта имѣютъ въ виду гарантировать интересы всякаго, лично нанявшагося, при исполненіи имъ работъ, отъ опасностей для жизни и здоровья (ст. 410); они хотятъ обезпечить для него уходъ и врачебную помощь на время болѣзни (ст. 411): они заботятся даже о рядной платѣ нанявшемуся, если онъ упустилъ выговорить таковую (ст. 399). Какая незаполнимая пропасть лежитъ между этими нормами проекта и суровыми постановленіями Устава торговаго о приказчикахъ. Можно-ли не признавать, что авторы проекта не только, что провозгласили принципъ справедливости, но и примѣнили его въ частномъ случаѣ. И можетъ-ли быть сомнѣніе въ томъ, что право можетъ быть справедливымъ и несправедливымъ: право договора личнаго найма несправедливо въ ст. ст. 8, 13, 20, 33 и др. Устава торговаго, и оно же справедливѣе неизмѣримо въ проектѣ обязательственнаго права, который съ достаточнымъ успѣхомъ стремится къ уравненію сторонъ. Нельзя не признать, что введеніе въ гражданское уложеніе нормъ промышленнаго личнаго найма, ранѣе всего подвергшагося законодательной регламентаціи, должно было оказать благотворное вліяніе и на обыкновенный наемъ.

Однако, достаточно-ли полно производится объединеніе договора личнаго найма въ новыхъ кодификаціяхъ? Германскій законодатель даетъ три ряда нормъ для договора личнаго найма—въ правѣ гра-

---

[15]) Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich. Art. 1. Нельзя было не признать важности этой „sozial-politischen Theil des Handelsgesetzbuches"—см. Verhandlungen des 23 Deutschen Handelstages (1896), стр. 15 (рѣчь Dr. Hatschek).

жданскомъ, торговомъ и промышленномъ. Такъ какъ для подобной дробности нельзя найти оправданій, то авторы германскаго проекта торговаго уложенія не даютъ на этотъ счетъ и никакихъ объясненій [16]). Германскому судьѣ, при рѣшеніи споровъ, придется имѣть дѣло съ тремя кодексами, постановленія которыхъ не всегда согласованы между собой [17]). И, не смотря на обиліе нормъ, германскій судья все же не будетъ имѣть законовъ для рѣшенія конфликтовъ между приказчиками въ не торговыхъ предпріятіяхъ, каковы, напр., общества взаимнаго страхованія [18]). Это недостатокъ, присущій и русскому проекту. Проектъ далеко не выяснилъ намъ сферы примѣненія ст. 405 („торговое предпріятіе"). Онъ обошелъ полнымъ молчаніемъ [19]) договоръ личнаго найма, осложненный договоромъ объ обученіи, гдѣ больше всего нуженъ государственный надзоръ и точное опредѣленіе правъ и обязанностей принципала [20]). Онъ, наконецъ, оставляетъ открытымъ вопросъ о дальнѣйшей судьбѣ разнообразнѣйшихъ видовъ личнаго найма нашего гражданскаго права, которые хорошо извѣстны коммисіи [21]), и которыми она обильно пользовалась при выработкѣ нормъ личнаго найма. Объединеніе здѣсь было бы тѣмъ болѣе желательно, что основныя начала, положенныя авторами проекта въ конструированіе договора личнаго найма, заслуживаютъ полнаго признанія. И они несомнѣнно получили бы дальнѣйшее развитіе, если бы объединеніе всѣхъ видовъ найма было доведено до конца.

—

Другой не новый примѣръ ограниченія свободы соглашенія представляютъ два договора—перевозки и поклажи въ товарныхъ складахъ, относительно которыхъ ограниченіе свободы касается не только

---

[16]) Denkschrift zu dem Entwurf (1897), стр. 59.

[17]) Denkschrift zu dem Entwurf (1897), стр. 62.

[18]) Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 188 (279), 190 (278).

[19]) См. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 288 и 351, гдѣ сообщается, что въ проектѣ М. В. Д. договору отдачи въ обученіе посвящено 45 статей.

[20]) Совершенно понятно поэтому требованіе Gierke въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XLV Bd., стр. 471, чтобы для ремесленныхъ учениковъ въ торговое уложеніе перенесены были нормы изъ промышленнаго права.

[21]) Гожевъ и Цвѣтковъ. Сборникъ гражданскихъ законовъ. Т. II. СПБ. 1886, глава XVI: общія положенія о личномъ наймѣ и двадцать два подъ-вида личнаго найма.

совершенія договора, но даже и вступленія въ него [22]). Обязательность перевозки, отвѣтственность за служащихъ, воспрещеніе договоровъ, ограничивающихъ отвѣтственность и, наконецъ, воспрещеніе всякихъ льготъ для отдѣльныхъ лицъ—таковы ограниченія свободы договора, практиковавшіяся прежде всего относительно желѣзныхъ дорогъ, а по проекту касающіяся и всякаго общественнаго возчика (ст. 466, 467, 475).

Принудительность поклажи въ товарныхъ складахъ такъ же признана съиздавна и повсюду и, одинаково съ предыдущимъ случаемъ, объясняется важностью интересовъ, затрагиваемыхъ сдѣлками и монопольнымъ положеніемъ одного изъ контрагентовъ.

—

Еще болѣе старый примѣръ ограниченія свободы торгово-промышленнаго оборота представляютъ законы о процентахъ.

Вопросъ о процентахъ и связанныхъ съ ними лихвѣ, ростовщичествѣ, имѣетъ продолжительную исторію, обширную литературу и поднимается здѣсь совсѣмъ не для того, чтобы излагать, хотя бы въ общихъ чертахъ, его содержаніе. Для нашей цѣли интересно лишь прослѣдить и на этомъ вопросѣ сближеніе торговаго права съ гражданскимъ.

Кажется, не будетъ ошибочнымъ и поверхностнымъ положеніе, что вопросъ о процентахъ имѣетъ громадное общественное значеніе и выросъ онъ изъ серьезныхъ общественныхъ нуждъ: за это достаточно говоритъ уже его продолжительная историческая судьба. Несомнѣнно и другое уже отмѣченное положеніе, что торгово-промышленный оборотъ, недружелюбно относящійся ко всякому вмѣшательству, протестовалъ и противъ ограниченія свободы въ процентахъ. Вотъ два теченія, удостовѣренныя исторіей и сохраняющія все свое значеніе до сихъ поръ. Съ ними тѣсно связана весьма устойчивая мысль, что, при нормированіи процентовъ торговыхъ и не торговыхъ, нужно руководствоваться различными принципами.

А между тѣмъ, на протяженіи новѣйшей исторіи процентовъ, безъ труда можно было бы указать не одинъ моментъ, когда—или объявлялась свобода, но для всего оборота, или налагались ограниченія, но опять-таки безъ различія права торговаго и права гра-

---

[22]) См. подр. г. Рабиновичъ. Теорія и практика желѣзнодорожнаго права. СПБ. 1898, стр. 485—519.

жданскаго[23]). Это единство задачи законодательной политики привело, наконецъ, къ полному объединенію нормъ о процентахъ. Такъ въ Германіи принято, какъ общее—правило большинства нѣмецкихъ государствъ, что должникъ, обѣщавшій платить болѣе 6% годовыхъ, по истеченіи шести мѣсяцевъ, лишь съ предупрежденіемъ за шесть мѣсяцевъ, можетъ возвратить капиталъ (до срока) и, такимъ образомъ, освободитъ себя отъ обязанности платить проценты—это правило, не имѣвшее примѣненія къ купцамъ, теперь принято въ § 247 гражданскаго уложенія и молчаливо распространено на весь оборотъ—гражданскій и торговый. Запрещеніе недоимочныхъ процентовъ, превышающихъ капиталъ, не касавшееся торговаго оборота (Art. 293 HGB. 1861), отмѣнено и для оборота гражданскаго.

Въ результатѣ остается незначительная разница въ величинѣ законныхъ процентовъ (§ 352 торг. ул. 5%, § 247 гр. ул. 6%), и болѣе важная, касающаяся процентовъ на проценты, которые вообще запрещены (§ 248 Abs. 1 гражд. ул.), но допустимы по исключенію для сберегательныхъ кассъ, кредитныхъ учрежденій и банкирскихъ конторъ (§ 248 Abs. 2 гр. ул.), а также и для сдѣлки текущаго счета или контокорренто (§ 355 торг. улож.). И любопытно отмѣтить это допущеніе анатоцизма въ гражданскомъ уложеніи. Авторы проекта этого уложенія даже высказали желаніе распространить исключеніе Art. 291 торг. улож. 1861 г. (о контокорренто—соотвѣтств. § 355 нов. торг. ул.) на весь оборотъ, не ограничиваясь купцами[24]). Ихъ желаніе, впрочемъ, осталось не выполненнымъ.

Русскій проектъ обязательственнаго права устанавливаетъ въ ст. 94 общій принципъ свободы опредѣленія процента, опредѣляетъ узаконенные пять процентовъ годовыхъ и даетъ право требовать проценты на причитающіяся денежныя суммы лишь въ томъ случаѣ, когда они назначены въ договорѣ или установлены закономъ (см. и стр. 357).

Презумція безвозмездности займа, установленная проектомъ, встрѣчена не всѣми одинаково[25]), но, кажется, болѣе вѣрнымъ будетъ мнѣ-

---

[23]) Подробности у Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 142 сл. и Regelsberger въ Endemann's Handbuch des Deutschen Handels-See-Wechselrechts. II Bd. (1882), стр. 498 сл.

[24]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 197.

[25]) См. пренія въ Казанскомъ Юридическомъ Обществѣ. „Право", 1899, № 50, стр. 2386—2387.

ніе, что въ громадномъ большинствѣ обыденныхъ, сосѣдскихъ займовъ безпроцентность является общимъ правиломъ, превращеніе каковаго въ исключеніе не можетъ входить въ задачу законодателя. И правило ст.ст. 94 и 357 ч. 1 было-бы вполнѣ умѣстно, если-бы презумція безпроцентности могла быть опровергнута. Но проектъ открываетъ широкое поле и для противоположной презумціи въ ч. 2 ст. 357: „по займамъ (и не по однимъ займамъ, ср. ст. 95), совершаемымъ торговцами между собой, проценты могутъ быть требуемы и безъ положительнаго о томъ соглашенія сторонъ, притомъ въ размѣрѣ, который существовалъ для подобныхъ займовъ во время и въ мѣстѣ заключенія договора". Здѣсь установлено исключеніе изъ общаго правила и объясняется оно тѣмъ, что при извѣстныхъ условіяхъ законъ отказывается отъ прямого регулированія отношеній, разъ дѣло идетъ о равносильныхъ контрагентахъ, каковыми, безъ сомнѣнія, являются два профессіональныхъ торговца. Но если такъ, то нельзя ли признать наличности подобныхъ условій и тогда, когда стороны не вполнѣ равносильны, но когда преимущество на сторонѣ должника: купецъ занимаетъ у не-купца. Не было бы несправедливымъ распространить презумцію ст. 357 ч. 2 и на этотъ случай[26]). Изъ другихъ статей проекта можно отмѣтить правило, которымъ (ст. 358) запрещаются соглашенія о начисленіи процентовъ на сумму просроченныхъ процентовъ. Правило заимствовано изъ § 335 швейцарскаго закона, который имѣетъ, однако, весьма важную, опущенную нашимъ проектомъ, оговорку: „исключенія составляютъ исчисленія въ торговыхъ сдѣлкахъ процентовъ по текущему счету и тому подобныя отношенія, при которыхъ принято считать проценты на проценты (сберегательныя кассы, установленія по выдачѣ рентъ и т. п. Ср. герм. гр. ул. § 248, торг. § 355). Исключеніе не колеблетъ принципа ограниченія свободы въ интересахъ слабой стороны и представляется тѣмъ болѣе правильнымъ, что, напр., при контокорренто, по самой конструкціи отношеній, даже не возможно избѣжать начисленія процентовъ на проценты, что, повидимому, упустили авторы русскаго проекта.

—

[26]) § 330 швейцарскаго закона, на который ссылаются авторы, выражается, хотя тоже недостаточно опредѣленно, но осторожнѣе: „въ торговыхъ сдѣлкахъ"; а въ ст. 357 проекта: „между торговцами".

Можно и еще умножить примѣры ограниченія свободы, чтобы тѣмъ самымъ еще больше выяснить принципіально-одинаковое отношеніе закона ко всякому имущественному обороту—гражданскому или торговому. Одна цѣль—но различны средства для ея достиженія: иногда для торгового-промышленныхъ отношеній возможно допустить болѣе широкую свободу, иногда—напротивъ—здѣсь именно требуется самое энергичное вмѣшательство общественной власти. Таковы именно отношенія, порождаемыя биржевыми сдѣлками, разъ эти послѣднія превращаются въ биржевую игру. Вотъ сфера, куда, казалось, не должна и не могла проникать никакая регламентація. Свобода договора защищалась здѣсь, быть можетъ, горячѣе, чѣмъ гдѣ-либо, противъ попытокъ борьбы съ биржевой игрой. Борьба съ биржевой игрой, въ каковую такъ легко переходятъ биржевыя сдѣлки, идетъ съиздавна. Во Франціи[27]) она началась задолго до появленія Code de commerce. И такъ какъ торговый кодексъ не давалъ на этотъ разъ никакихъ постановленій, то въ литературѣ было высказано три различныхъ мнѣнія. Одни считали срочныя сдѣлки безъ всякаго различія ничтожными. По другому мнѣнію—биржевыя сдѣлки считались вообще дозволенными, и лишь въ томъ случаѣ не создавали онѣ иска, когда скрывали за собой игру или пари на разницу курса. Наконецъ, третьи склонны были отрицать наличность какихъ-либо запрещеній въ законѣ и утверждали, что къ биржевымъ сдѣлкамъ не можетъ имѣть никакого примѣненія art. 1965 Code civil (возраженіе объ игрѣ), такъ какъ эти сдѣлки являются всегда серьезными операціями и съ игрой уравниваемы быть не могутъ. И въ литературѣ, и въ практикѣ стало господствующимъ второе мнѣніе. Практическими послѣдствіями этого мнѣнія является отказъ въ искѣ, направленномъ на исполненіе срочной сдѣлки, когда извѣстно, что операція была не болѣе, какъ игрой на разницу курса (art. 1965 Code civil). А потому, въ случаѣ подобной операціи, маклеръ (agent de change) не можетъ вчинить иска противъ другого маклера, кліентъ не можетъ искать съ маклера и, наоборотъ, маклеръ — съ кліента. Практика, однако, далеко не одинаково разрѣшаетъ вопросы, связанные съ биржевыми сдѣлками; сказалась тутъ, конечно, и трудность различія можду игрой и серьезными биржевыми операціями. Законода-

---

[27]) Lyon Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. IV (1893), стр 666 слл., 669—683.

тель попытался прійти на помощь—явился законъ 28 марта 1885 г., по art. 1 котораго всякія срочныя сдѣлки на государственныя и иныя бумаги и всякія срочныя поставки продуктовъ и товаровъ признаются законными. Никто не можетъ освободиться отъ исполненія обязательствъ, вытекающихъ изъ этихъ сдѣлокъ, даже если онѣ разрѣшаются въ простую уплату разницы. Смыслъ этого, не вполнѣ яснаго закона, вызвавшаго различныя толкованія, сводится къ установленію презумціи серьезности сдѣлокъ на разницу. По мнѣнію нѣкоторыхъ судовъ, эта презумція допускаетъ опроверженіе, другіе считаютъ ее абсолютной [28]).

Но какъ далеко зашолъ французскій законъ 1885 г. въ исключеніи возраженій объ игрѣ, легко видѣть изъ сопоставленія его съ другими законодательствами, въ громадномъ большинствѣ пытавшимися бороться съ биржевой игрой. Не останавливаясь на всѣхъ [29]), мы отмѣтимъ здѣсь лишь Германію, гдѣ до послѣднаго времени не было какого-либо общаго закона по нашему вопросу. Лишь по Art. 1482 саксонскаго уложенія договоръ, въ которомъ одно лицо обязывается уплатить другому разницу между опредѣленною цѣною вещи и рыночной или курсовой цѣною, которую она въ извѣстное время имѣла или будетъ имѣть, обсуживается по постановленіямъ объ игрѣ и пари. Въ другихъ государствахъ возраженіе объ игрѣ допускалось судебной практикой. Злоупотребленія на биржѣ и сомнительный характеръ совершаемыхъ тамъ сдѣлокъ привелъ германскаго законодателя къ строгому надзору за биржами, къ правительственному контролю надъ установленіемъ курса и къ регламентаціи допускаемыхъ на биржѣ цѣнностей. Такова одна тема новаго закона 12 іюня 1896 г. Съ другой стороны являлся несомнѣнный вредъ отъ участія въ биржевыхъ операціяхъ лицъ съ малыми средствами, отъ превращенія сдѣлокъ въ простую уплату разницы, отъ спекуляціи, приносящей завѣдомый ущербъ народному благосостоянію. Отсюда (§ 50) предоставленная закономъ возможность ограниченія биржевой торговли извѣстными товарами или бумагами, запрещеніе биржевыхъ сдѣлокъ на акціи горныхъ

[28]) Возраженіе объ игрѣ возможно и послѣ закона 1885 г. въ случаѣ совершенія чрезъ частныхъ маклеровъ сдѣлки на цѣнности, входящія въ кругъ монополіи agents de change. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. IV (1893), стр. 683, ср. 611 сл.

[29]) Перечень можно найти у Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. IV (1893), стр. 684—686. Grünhut въ Endemann's. Handbuch des Deutschen Handels-See-und Wechselrechts. III Bd. (1885), стр. 9.

и фабричныхъ предпріятій, запрещеніе биржевыхъ сдѣлокъ на хлѣбъ [30]). За этими многочисленными регламентаціями и запрещеніями признается дѣйствительность биржевыхъ сдѣлокъ: возраженіе о томъ, что по соглашенію исключено было дѣйствительное исполненіе сдѣлки путемъ доставки товара или цѣнныхъ бумагъ, не можетъ быть заявлено лицомъ, занесеннымъ въ соотвѣтствующій биржевой реестръ или свободнымъ отъ этой обязанности въ силу особаго предписанія § 68 Abs. 2. Такимъ образомъ, биржевой законъ призналъ дѣйствительность такъ называемыхъ чистыхъ сдѣлокъ на разницу. Но уже черезъ годъ сознана была необходимость введенія возраженій объ игрѣ. При составленіи гражданскаго уложенія рѣшено было оставить безъ детальнаго пересмотра сдѣлки на разницу впредь до реформы торговаго законодательства [31]). Но въ то же время признано было цѣлесообразнымъ объявить игрой ту сдѣлку, въ которой одна или обѣ стороны имѣютъ въ виду лишь уплату разницы (§ 764). Несомнѣнная несогласованность § 764 съ § 69 биржевого закона остается и послѣ изданія торговаго уложенія, которое не оправдало надеждъ авторовъ гражданскаго уложенія относительно общаго пересмотра сдѣлокъ на разность.

Въ виду безспорно засвидѣтельствованныхъ злоупотребленій въ биржевой торговлѣ и болѣе или менѣе согласнаго направленія всѣхъ законодательствъ, нельзя было бы ожидать ничего иного и отъ проекта русскаго обязательственнаго права, какъ запрещенія срочныхъ сдѣлокъ, при заключеніи которыхъ обѣ стороны имѣли въ виду лишь уплату разницы, или только одна изъ сторонъ имѣла намѣреніе требовать не дѣйствительнаго исполненія сдѣлки, а лишь расчета за разницу въ цѣнахъ, если о такомъ намѣреніи ея было извѣстно или должно было быть извѣстно другой сторонѣ (ст.ст. 1001, 1002). Кромѣ примѣра многочисленныхъ государствъ, преслѣдующихъ биржевую игру, авторы находили для себя и нѣкоторую опору въ т. X ч. 1, который до 1893 г. запрещалъ (ст. 2167 п. 2—теперь отмѣненъ) всякія условія о покупкѣ и продажѣ акцій или росписокъ съ поставкой къ извѣстному сроку. А съ 1893 (ст. 1401[1] по прод. 1895)

---

[30]) Wermuth und Brendel. Börsengesetz vom 22 Iuni 1896. Berlin. 1897, введеніе, стр. 9 сл.

[31]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 648.

законъ запрещаетъ сдѣлки по покупкѣ и продажѣ на срокъ золотой валюты, траттъ и тому подобныхъ цѣнностей, писанныхъ на золотую валюту, совершаемыя исключительно съ цѣлью полученія разницы. Какое значеніе имѣетъ этотъ законъ въ настоящее время, когда бумаги на золотую валюту представляютъ не исключеніе, а общее правило, сказать мудрено. Но было бы цѣлесообразнѣе руководствоваться буквальнымъ смысломъ статьи 1401[1] по прод. 1895[32]) по тѣмъ соображеніямъ, что въ задачу законодателя не можетъ входить покровительство чистымъ сдѣлкамъ на разницу, сомнительный характеръ коихъ признается большинствомъ. А если борьба съ биржевой игрой нужна, то она и возможна, особенно у насъ, гдѣ еще такъ слабъ биржевой оборотъ. Въ настоящее время мы обладаемъ достаточными свѣдѣніями о неизвѣстности многообразныхъ биржевыхъ комбинацій, выработанныхъ на Западѣ. Мы знаемъ также и то, что всякія запрещенія, направленныя противъ несерьезныхъ сдѣлокъ на разницу и биржевой игры, производятъ еще свое дѣйствіе, останавливая развитіе сомнительныхъ операцій[33]). На основаніи этихъ свѣдѣній можно желать полнаго примѣненія ст 1401[1] т. X. ч. 1 и введенія въ дѣйствіе ст.ст. 1001 и 1002 проекта гражданскаго уложенія.

И такъ мы видимъ, насколько относительна свобода торговаго оборота. Она всегда подвергалась извѣстнымъ ограниченіямъ. Но эти ограниченія, казалось, противорѣчили принципу, на который преимущественно претендовалъ этотъ оборотъ, опираясь на обычай, съиздавна обезпечивавшій ему свободу. Сближеніе торговаго права съ гражданскимъ, несомнѣнно, опровергнетъ окончательно эту теорію свободы и съ очевидностью покажетъ, что законъ не можетъ относиться различно къ одинаково нежелательнымъ явленіямъ, происходятъ ли они въ оборотѣ общегражданскомъ, или въ торгово-промышленномъ. Таковъ результатъ происходящей реализаціи идеи самостоятельнаго торговаго права.

---

[32]) Иначе Г. Ф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права (1899). стр. 690.

[33]) См. весьма обстоятельную работу проф. А. С. Невзорова. Русскія биржи. Вып. I и II. Юрьевъ. 1898, вып. III. Юрьевъ. 1899. О биржевыхъ сдѣлкахъ см. вып. I, стр. 28, 58. особенно 61 - бывшія въ большомъ ходу на московской биржѣ сложныя биржевыя сдѣлки (Noch=und Nachgeschäfte) уже не практикуются, потому что „всякія такія сдѣлки запрещены". И авторъ отмѣчаетъ, что такой взглядъ на подобныя сдѣлки распространенъ какъ въ Петербургѣ, такъ и во многихъ другихъ городахъ. Ср. стр 191 слл.

§ 5. Свобода волеизъявленія.

Свобода волеизъявленія считается однимъ изъ основныхъ началъ торговаго права. Мы видѣли, насколько исторически правильно это утвержденіе. А съ догматической точки зрѣнія свобода волеизъявленія должна считаться основнымъ принципомъ частнаго права, безъ различія торговаго и гражданскаго. Правда, не всегда и вездѣ одинаково признавался этотъ принципъ. Онъ—продуктъ умственнаго развитія, и потому неизбѣжно сопровождаетъ извѣстныя ступени культуры. А съ другой стороны, формализмъ представляетъ интересъ для кредитора при взысканіяхъ съ должника: онъ и гарантія противъ судейскаго усмотрѣнія, которое можетъ оказаться неблагопріятнымъ для кредитора. Всѣ эти обстоятельства и соображенія въ значительной степени и до сихъ поръ руководятъ защитниками формализма. При этомъ, критикуя новое направленіе въ гражданскомъ правѣ, переходящемъ отъ формализма къ свободѣ волеизъявленія, нѣкоторые критики не достаточно различаютъ виды формализма. Какъ съ исторической, такъ и догматической точекъ зрѣнія слѣдуетъ различать—формализмъ, такъ сказать, старый, обусловленный умственнымъ состояніемъ, требующимъ матеріализаціи всякихъ явленій и понятій. Этотъ древній формализмъ со временемъ переходитъ въ формализмъ торжественный, искусственный, какъ по формѣ, такъ и по мотивамъ. Если принять во вниманіе, что въ древности понятіе права замѣнялось понятіемъ суда, каковой являлся центральнымъ пунктомъ для сдѣлки, то не трудно представить себѣ легкость доказыванія сдѣлки и серьезность вступленія ея, какъ мотивы къ указанному переходу формализма мышленія къ торжественному. Въ отличіе отъ этого формализмъ новаго происхожденія преслѣдуетъ опредѣленныя задачи, вызванныя потребностями новаго оборота, интересами легкой передаваемости и упрощенной защиты правъ. Первый требуетъ облеченія акта въ торжественную форму, исполненіе которой, во всякомъ случаѣ, ведетъ къ предустановленнымъ послѣдствіямъ; второй требуетъ формы, но не торжественной и допускаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ (обманъ, принужденіе, вообще въ отношеніяхъ между непосредствен-

ными участниками сдѣлки) исключеніе послѣдствій, обычно связанныхъ съ соблюденіемъ опредѣленной формы [1]).

При оцѣнкѣ принципа свободы волеизъявленія нельзя забывать этихъ разновидностей формализма и огульно объявлять его то показателемъ прогресса, то признакомъ низкой культуры. Нельзя забывать этихъ различій и при оцѣнкѣ исторической роли торговаго права относительно занимающаго насъ вопроса. Формализмъ новаго происхожденія, такъ сказать формализмъ внутренній, призванный удовлетворять твердости и обезпеченности оборота, являющійся несомнѣннымъ продуктомъ культуры, обязанъ въ значительной степени торговому праву, которое по условіяхъ оборота могло разсчитывать на осторожность и крайнюю внимательность контрагентовъ. Мы вправѣ разсчитывать на тѣ же качества, конечно, и въ общемъ оборотѣ; но здѣсь требуется крайняя осторожность законодателя, который не рѣшается на послѣдовательное проведеніе принципа внутренняго формализма воли даже въ отношеніяхъ профессіональной экономической дѣятельности. Въ этомъ случаѣ достаточно указать на институтъ векселя, въ которомъ, не смотря на его преимущественно формальную природу, мы не можемъ игнорировать матеріальныхъ отношеній между непосредственными участниками.

Задача современнаго законодателя заключается въ опредѣленіи мѣры признанія того и другого вида формализма.

Изъ новыхъ уложеній впервые въ Code de commerce, правда, косвенно признается свобода соглашенія отъ письменной формы. Art. 1341 Code civil, сочиненный по Ordonnance de Moulins февраля 1566, требуетъ письменности при совершеніи всякихъ сдѣлокъ, если сумма превышаетъ сто пятьдесятъ франковъ: свидѣтельскія показанія въ этихъ случаяхъ не допускаются. Но предписанія торговаго права этимъ артиклемъ не затрогиваются. А по Code de commerce, по крайней мѣрѣ, относительно договора купли-продажи, допускаются (art. 109)—по усмотрѣнію суда—и свидѣтельскія показанія безъ ограниченія суммы: les achats et ventes se constatent ... par la preuve testimoniale, dans le cas ou le tribunal croira devoir l'admettre. Но относительно многихъ договоровъ Code de commerce требуетъ пись-

---

[1]) Ср. С. А. Муромцевъ. Гражданское право древняго Рима. Москва. 1883, стр. 581 слл. Н. Л. Дювернуа. Чтенія по гражданскому праву. Т. I. 3-е изд. СПБ. 1898, стр. 640 слл., 645 сл. Heusler. Institutionen des Deutschen Privatrechts. I B. Leipzig. 1885, стр. 45 слл.

менной формы, независимо отъ суммы,—являясь, такимъ образомъ, болѣе строгимъ, чѣмъ гражданскій законъ [2]), который къ тому-же знаетъ еще и исключенія изъ правила art. 1341 (см. art. 1347, 1348). Во всякомъ случаѣ ученіе обоихъ кодексовъ не отличается опредѣленностью, и судебной практикѣ ничего не оставалось, какъ заняться разработкой этого вопроса и, конечно, въ смыслѣ расширенія свободы волеизъявленія [3]).

Совершенно опредѣленно впервые въ австрійскомъ кодексѣ признанъ былъ принципъ свободы волеизъявленія (§ 883) [4]), а затѣмъ и германскимъ торговымъ уложеніемъ 1861 г. (Art. 317): „въ торговыхъ дѣлахъ дѣйствительность договоровъ не зависитъ ни отъ заключенія ихъ въ письменной формѣ, ни отъ другихъ формальностей. Исключенія изъ сего правила допускаются лишь въ тѣхъ случаяхъ, какіе указаны въ настоящемъ уложеніи". Эти исключенія установлены для товарищескаго договора (товарищества на вѣрѣ Art. 175, акціонернаго Art. 208) и условно при ручномъ закладѣ (Art. 310, 311) [5]). Безъ всякаго сомнѣнія, торгово-промышленный оборотъ долженъ былъ много содѣйствовать развитію принципа свободы соглашенія. И германская практика по торговымъ дѣламъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ воспользовалась принципомъ Art. 317, приложивъ его ко многимъ случаямъ, въ которыхъ по партикулярнымъ законодательствамъ (прусское улож.) требовалась письменная форма [6]). Тѣмъ легче было воспринять этотъ принципъ слѣдующимъ уложеніямъ— саксонскому въ § 821 и швейцарскому союзному закону 1881 г. въ § 9, въ силу котораго для дѣйствительности договора требуется соблюденіе особой формы лишь въ томъ случаѣ, если такая форма предписывается закономъ [7]).

Авторамъ германскаго проекта гражданскаго уложенія пришлось

---

[2]) Code de commerce art. 39, 41, 49 (законъ 24 іюля 1867, art. 1, 21); art. 195, 273, 332.

[3]) Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. III Bd. (1891), стр. 7, 47.

[4]) Ср. Allgem. Preuss. Landr. I, 5, § 109. Code civil, art. 1341 слл.

[5]) Подробности у Regelsberger'a въ Endemann's Handbuch des D. Handels-See-und Wechselrechts. II Bd. (1882), стр. 462.

[6]) Litthauer. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin. 1894 (Guttentag'sche Sammlung), стр. 340 слл. къ art. 317.

[7]) Перечисленіе этихъ исключеній изъ общаго правила о неформальности договоровъ см. Schneider und Fick. Das Schweizerische Obligationenrecht (1893), стр. 39—40.

подвести итогъ предшествовавшему праворазвитію, а для этого потребовалось сопоставить всѣ доводы за формальность (письменность) сдѣлки и за свободу соглашенія. Въ пользу послѣдняго принципа говорили и соображенія цѣлесообразности, и уже довольно продолжительная широкая практика въ Германіи этого именно принципа [8]).

Свобода волеизъявленія признается германскимъ гражданскимъ уложеніемъ, какъ общее правило (ср. § 125, 126), изъ котораго устанавливается рядъ исключеній [9]). И особенный интересъ для насъ представляютъ исключенія, касающіяся торгово-промышленнаго оборота. Такъ мы знаемъ уже, что, по новому торговому уложенію, недвижимость можетъ быть предметомъ вспомогательной торговой сдѣлки. И вотъ гражданское право, уступая торговому одинъ изъ немногихъ, исключительно первому принадлежавшихъ объектовъ, требуетъ письменной формы сдѣлокъ надъ этимъ объектомъ (§ 313). Само новое торговое уложеніе [10]), уже не воспроизводящее принципа, который выраженъ теперь въ гражданскомъ правѣ, устанавливаетъ рядъ исключеній изъ него. Такъ напр. поручительство и обѣщаніе уплаты долга, по § 766 и §§ 780, 781 гражданскаго уложенія, должны совершаться въ письменной формѣ. Торговое право, дѣйствовавшее до изданія новаго уложенія, освобождало поручительство отъ письменной формы и въ такомъ случаѣ, когда не купецъ выступалъ поручителемъ за купца [11]). Нецѣлесообразность этого правила, исходящаго изъ признанія за письменностью средства обезпеченія противъ легкомыслія и въ то же время отказывающаго въ ссылкѣ на отсутствіе формы не купцу только за то, что онъ выступаетъ поручителемъ предъ купцомъ, была уже отмѣчена въ литературѣ [12]). Вполнѣ правильно § 350 новаго торговаго уложенія допускаетъ безформенное поручительство и обѣщаніе уплаты долга (въ отмѣну § 766 ч. 1 и § 780 и 781 ч. 1 гражд. улож.) только въ томъ случаѣ, когда по-

[8]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I (1896), стр. 178 слл., 180.

[9]) Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I B. Iena. 1897, стр. 175. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 130 слл.

[10]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuch (1897), стр. 205.

[11]) Allgemeine Deutsches Handelsgesetzbuch. Herausg. Litthauer (Berlin, Guttentag, 1894), стр. 341 (прим. къ ст. 317).

[12]) Mechelson. Wirtschaftliche Grundsätze des neuen deutschen Handelsgesetzbuches vom 10 Mai 1897. Berlin. 1897, стр. 20.

ручительство для поручителя, а обѣщаніе долга для дающаго это обѣщаніе, будетъ сдѣлкой торговой.

Профессія даетъ право предполагать осторожность и внимательность, о каковой законъ можетъ и не заботиться [13]). Для насъ любопытна уже и эта новая постановка вопроса въ торговомъ правѣ. Но интересно и то, что, рядомъ съ правиломъ § 350 торговаго уложенія, сейчасъ же приводится исключеніе въ интересахъ неполноправныхъ купцовъ (по § 4), которые руководствуются общимъ гражданскимъ правомъ и т. о., въ случаѣ предъявленія къ нимъ требованій изъ поручительства или обѣщанія долга, могутъ возражать, что сдѣлки не заключены въ письменную форму. Другія исключенія изъ принципа свободы волеизъявленія касаются подписки на акціи, отчужденія доли въ товариществѣ, нѣкоторыхъ биржевыхъ сдѣлокъ и случаевъ, когда письменная форма можетъ быть потребована однимъ изъ контрагентовъ [14]).

Русское право гражданское и торговое не даютъ опредѣленныхъ указаній относительно формы соглашенія. Принципа не выставлено и въ отдѣльныхъ случаяхъ [15]), напр., при запродажѣ, поставкѣ (ст. 1690, 1742 т. X ч. 1); напротивъ того, движимыя имущества могутъ быть пріобрѣтаемы безъ всякихъ письменныхъ актовъ (ст. 711), торговая поклажа можетъ быть доказываема и свидѣтельскими показаніями (ст. 2112). Нѣкоторые склонны думать даже, что безформенность соглашенія является у насъ общимъ правиломъ [16]). Что касается торговаго обычая, то онъ допускаетъ словесные договоры, когда не предполагается возможности спора, а на случай спора торговые договоры удостовѣряются обмѣномъ (хотя) двухъ писемъ, изъ коихъ одно содержитъ предложеніе или порученіе, а другое принятіе того или другого; отъ такихъ писемъ зависитъ признаніе договора дѣйствительно состоявшимся [17]). Такая осторожность торговаго обы-

---

[13]) При чтеніи проекта въ рейхстагѣ было высказано мнѣніе за обязательную письменность и при купеческомъ поручительствѣ. Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 192 (280).

[14]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 132.

[15]) Ср. Кавелинъ. Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ. СПБ. 1879, стр. 127 слл.

[16]) К. П. Побѣдоносцевъ. Курсъ гражданскаго права. III ч. СПБ. 1890, стр. 52. Ср. I ч. X т. ст. 571 и 1531.

[17]) Мартенсъ. Опытъ комментарія русскаго торговаго права. Т. I (1880), стр. 199.

чая легко объясняется весьма принятымъ въ торговлѣ обыкновеніемъ — сопровождать сдѣлку какими либо письмами, циркулярами, записями и т. п. [18]).

Въ виду неясности закона, судебная практика въ значительной степени предоставлена была самой себѣ и больше, чѣмъ кто либо, содѣйствовала утвержденію принципа свободы волеизъявленія [19]).

Русскій проектъ обязательственнаго права примыкаетъ къ господствующему направленію, постановляя въ статьѣ 13, что „дѣйствительность договора не зависитъ отъ того, заключенъ ли онъ на словахъ или на письмѣ, за исключеніемъ случаевъ, для которыхъ въ законѣ предписана особая форма подъ страхомъ недѣйствительности". Вообще говоря, проектъ знаетъ три категоріи договоровъ: 1) для дѣйствительности и доказуемости однихъ договоровъ не нужно ничего, кромѣ согласія; 2) другія считаются дѣйствительными, хотя бы согласіе не было облечено въ письменную форму, но, въ случаѣ спора, и, слѣдовательно, отсутствія признанія должника, доказывать подобные договоры можно лишь письменными актами (свидѣтельскія показанія не допускаются); 3) наконецъ, существуютъ такія сдѣлки, самая дѣйствительность коихъ, а тѣмъ самымъ и доказуемость на судѣ предполагаетъ ту или иную, всегда опредѣленную, письменную форму [20]).

Къ первой категоріи относятся по ст. 15 всѣ договоры на сумму ниже трехсотъ рублей, затѣмъ по ст. 549 коммисія, ст. 334—ссуда, наконецъ, ст. 366 ч. 3 поклажа, совершаемая во время пожара, наводненія или иного бѣдствія, либо при такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ обыкновенно не выдается письменнаго удостовѣренія.

Ко второй категоріи принадлежатъ: 1) во первыхъ, всѣ договоры на сумму свыше трехсотъ рублей: ст. 191—продажа движимости, если не сопровождается немедленной передачей проданнаго, ст. 192—продажа лѣса на срубъ, ст. 281—договоръ имущественнаго найма, ст. 366—договоръ поклажи (за исключеніемъ случаевъ поклажи во время пожара, наводненія или иного бѣдствія), ст. 400—договоръ личнаго найма, ст. 442—договоръ подряда, ст. 506—довѣренность, ст. 607—договоръ простого товарищества, ст. 711—договоръ объ

---

[18]) Ср. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 186.

[19]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 48 сл., 420.

[20]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. LII - LIII.

[21]) Ср. Massé. Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. Paris 1874. T. III n° 1450. T. IV n° 2360.

учрежденіи негласнаго товарищества, ст. 909—договоръ объ учрежденіи товарищества съ перемѣннымъ капиталомъ, ст. 923—артельный договоръ; 2) во вторыхъ, договоры, для которыхъ требуется письменная форма, даже если они оцѣниваются ниже трехсотъ рублей: ст. 58—неустойка, ст. 349—заемъ; ст. 478—перевозка при фрахтѣ свыше ста рублей; 3) въ третьихъ, наконецъ, къ той же второй категоріи принадлежатъ договоры независимо отъ ихъ суммы: ст. 143—уступка письменныхъ требованій, ст. 150 ч. 2—переводъ письменныхъ обязательствъ, ст. 191—возмездная уступка правъ и исковъ, ст. 237—запродажа, ст. 249—дареніе движимаго имущества, ст. 276—пожертвованіе, ст. 362—предварительный договоръ о займѣ, ст. 647—договоръ полнаго товарищества, ст. 721—договоръ объ учрежденіи акціонернаго, ст. 670—съ перемѣннымъ составомъ, ст. 912—артельнаго товарищества, ст. 924—договоръ объ учрежденіи ученыхъ, благотворительныхъ и иныхъ обществъ, ст. 941—договоръ имущественнаго и ст. 976—личнаго страхованія, ст. 988—договоръ о пожизненномъ доходѣ, ст. 1015—договоръ поручительства, ст. 1038—мировая сдѣлка.

Къ третьей категоріи относятся: ст. 190, 241, 248 продажа, мѣна и дареніе недвижимаго имущества и вотчинныхъ правъ, гл. XIV—вексель, ст. 566—переводъ, ст. 577—чекъ, ст. 589—бумаги на предъявителя.

По основному принципу, по опредѣленности и ясности предписаній, проектъ дѣлаетъ крупный шагъ впередъ сравнительно съ т. X ч. 1, который противоположными качествами ставилъ нерѣдко судью въ трудное положеніе примиренія казуистическихъ предписаній закона съ требованіями жизни. Въ заслугу должна быть поставлена и та осторожность, съ какой вводится принципъ свободы волеизъявленія. Его ограниченія, мы видѣли, такъ широки, исключенія настолько многочисленны, что обвиненіе проекта въ колебаніи оборота, въ поощреніи лжесвидѣтельства и, вообще, колебаніи кредита, можно считать только недоразумѣніемъ. Можно, конечно, спорить о предѣлахъ, какія ставятся свободѣ волеизъявленія и оспаривать установленную сумму (300 р.)—здѣсь нѣтъ абсолютныхъ признаковъ. Не удивительно, что и въ самой редакціонной коммисіи произошли разногласія относительно ст. 15, требующей письменной формы для всѣхъ договоровъ на сумму свыше трехсотъ рублей [22]). Но требованіе осво-

[22]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 51 слл., 424. Т. II (1899), стр. 19, 163, 314.

божденія отъ формы такихъ договоровъ, совершать которые приходится преимущественно людямъ неграмотнымъ, нельзя не считать крайнимъ, а критику ст. 15—преувеличивающей опасность отъ установленія узаконенной системы доказательствъ. Законъ долженъ найти компромиссъ между интересами твердости, ясности и опредѣленности договоровъ съ одной стороны и ничѣмъ неоправдываемымъ мнѣніемъ о лжесвидѣтельствѣ, какъ общемъ правилѣ, съ другой.

Такимъ образомъ, провозглашеніе принципа свободы волеизъявленія гражданскими уложеніями опровергаетъ мысль о спеціально торговомъ его значеніи. Безъ какого либо различія оборота гражданскаго и торговаго этотъ принципъ долженъ получить общее значеніе. Но практическое примѣненіе его и въ томъ, и другомъ оборотѣ вполнѣ относительно и зависитъ отъ тѣхъ или другихъ соображеній цѣлесообразности и справедливости.

§ 6. Свобода толкованія сдѣлки и судейское усмотрѣніе.

Свобода толкованія и свобода судейскаго усмотрѣнія стоятъ въ тѣснѣйшей связи съ формами заключенія договора. Разъ свобода волеизъявленія ограничена требованіемъ формы, тѣмъ самымъ связана и свобода судьи. Поэтому отстаивать свободу волеизъявленія и отрицать судейское усмотрѣніе—значитъ впадать въ противорѣчіе.

Но какое же положеніе занималъ и занимаетъ изучаемый принципъ въ торговомъ правѣ и какое значеніе въ этомъ вопросѣ будетъ имѣть сближеніе торговаго права съ гражданскимъ? Едва ли нужно говорить, что принципъ bona fides безъ всякаго основанія считается въ спеціальной литературѣ особенной принадлежностью торговаго права [1]).

И Preussische Landrecht, и саксонское гражданское уложеніе, и ст.ст, 1536, 1539 т. X ч. 1 говорятъ о принципѣ добросовѣстности, различно выражая одно и то же понятіе [2]). Правило, что „при толкованіи волеизъявленія должно изслѣдовать истинную волю сто-

---

[1]) См. особ. v. Canstein. Lehrbuch d. Oesterr. Handelsrechts. T. I (1895), стр. 40 слл. Ср. Regelsberger въ Endemann's Handbuch B. II (1882), стр. 386 - 387.

[2]) См. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches fur das Deutsche Reich. B. I (1896), стр. 154—155. Preuss. Landr. I 4 § 65 слл., I 5 § 252. Code civ. особ. art. 1156. Сакс. гр. ул. § 809 слл,

ронъ, а не придерживаться одного буквальнаго смысла выраженія" (§ 133 герм. гражд. ул.) или что „договоры должны быть исполняемы по точному ихъ смыслу и по доброй совѣсти и намѣренію сторонъ" (ст. 65 проекта) является общепризнаннымъ и дѣлаетъ совершенно излишнимъ трактованіе этого вопроса въ торговыхъ уложеніяхъ[3]). Поэтому именно § 278 Handelsgesetzbuch 1861 не воспроизводится новымъ торговымъ уложеніемъ. И если въ этомъ послѣднемъ удерживается (§ 346) правило Art. 279 о значеніи торговыхъ обычаевъ и обыкновеній при толкованіи торговыхъ сдѣлокъ, то лишь въ интересахъ торговаго обычая, дѣйствіе котораго вообще такъ ограничено по новому уложенію[4]). Таково объясненіе, какое даютъ § 346 (§ 337 проекта) авторы и которое, конечно, не оправдываетъ неточности и неопредѣленности выраженій § 346. Можно думать, что законодатель напрасно употребляетъ здѣсь выраженіе „обычай", присвоенное самостоятельному источнику права и вынуждаетъ теорію доказывать, что подъ обычаями здѣсь не надо разумѣть обычнаго права[5]). А затѣмъ можно сказать, что и весь § 346 торговаго уложенія является излишнимъ въ виду § 157 герм. гражд. ул., предписывающаго толковать договоры по принятымъ въ оборотѣ обыкновеніямъ (Verkehrssitte). Какой-либо принципіальной разницы между обыкновеніями общегражданскаго оборота и торговаго, конечно, нѣтъ[6]). Русскій проектъ обязательственнаго права (ст. 66 слл.) разсчитываетъ на весь оборотъ, безъ различія гражданскаго и торговаго. Впрочемъ, авторы проекта не говорятъ объ обыкновеніяхъ, какъ средствѣ истолкованія договора; лишь для изученія смысла выраженій принимаются мѣстныя обыкновенія (ст. 66). Этого упущенія нельзя не признать недостаткомъ кодекса, обхватывающаго столь широкую область разнообразныхъ отношеній. Если въ оборотѣ съ недвижимостью недостатокъ соглашенія легко восполнить закономъ и обычаемъ (ст. 69 проекта), то при толкованіи сдѣлокъ о движимости и при обязательственныхъ отношеніяхъ обыкновенія оборота могутъ оказаться безусловно необходимыми.

---

[3]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 128. Легко понять, почему ученіе о Treu und Glauben, развитое особенно у Goldschmidt'a Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 301 слл. § 34 носитъ вполнѣ общій характеръ, дѣлающій его особенно цѣннымъ.

[4]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 208 и 4.

[5]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 128.

[6]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 128.

Возвращаясь къ основному принципу толкованія, мы скажемъ, что и торговый, и гражданскій, какъ и всякій другой „законъ долженъ стремиться къ достиженію матеріальной правды“ и каждый судья долженъ „опредѣлять отношенія сторонъ на справедливыхъ основаніяхъ“, исходя изъ предположенія, что эти отношенія сторонъ „покоятся на началахъ справедливости и добросовѣстности [7]). Это—начала, положенныя въ основаніе русскаго проекта обязательственнаго права, дѣлающія ему честь и искупающія всякіе недостатки проекта, какіе кто найдетъ въ немъ. Авторы поняли громадное значеніе этихъ принциповъ, поставленныхъ во главѣ работы и рекомендуемыхъ судьѣ въ качествѣ основныхъ и руководящихъ. Очевидно, что эти принципы предполагаютъ просторъ судейскаго усмотрѣнія, занимающаго срединное мѣсто между произволомъ и формализмомъ. Авторы проекта вполнѣ правильно усматриваютъ въ свободѣ толкованія и судейскомъ усмотрѣніи вѣрнѣйшую гарантію той справедливости, которая лежитъ въ основѣ всего правопорядка и которая достигается совмѣстными усиліями закона, судьи и сторонъ. Кто говоритъ, что правопорядокъ долженъ быть выше судейскаго усмотрѣнія, тотъ умаляетъ роль судьи, связаннаго закономъ, и изъясняющаго смыслъ, цѣль и мотивы закона, обязаннаго согласоваться съ выраженными въ договорѣ намѣреніями сторонъ, но и не свободнаго отъ выясненія воли истинной, притомъ согласной [8]).

Довольно ранній примѣръ свободы судейскаго усмотрѣнія представляетъ уже знакомый намъ art. 109 (ср. art. 1341 Code civil) французскаго торговаго уложенія, по которому договоръ купли-продажи, независимо отъ величины покупной цѣны, можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями въ томъ случаѣ, когда судъ найдетъ это нужнымъ. Мотивы этой дискреціонной власти суда—желаніе поставить судью въ условія, пригодныя для отысканія истины. И большинство французскихъ ученыхъ думаютъ, что это право суда—допускать или не допускать свидѣтелей простирается даже на сдѣлки, не превышающія ста пятидесяти франковъ [9]). А

[7]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. LII—LIV.

[8]) Endemann въ Endemann's Handbuch des Handels-See—und Wechselrechts I Bd. (1881), стр. 100. Regelsberger, тамъ-же II Bd. (1882), стр. 386, ср. стр. 390, пр. 3. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 307, 309, пр. 13. Ср. еще Regelsberger. Pandekten. I Bd. Leipzig. 1893, стр. 143—144.

[9]) См. у Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. III (1891), стр. 68—69.

нѣкоторые предоставляютъ судьѣ право выбора между свидѣтелями и письменными доказательствами и въ случаяхъ, если сумма договора выше пятисотъ франковъ [10]).

Германское торговое уложеніе 1861 приняло судейское усмотрѣніе въ качествѣ основного принципа для цѣлаго ряда отношеній [11]). Это было, конечно, лучшее средство для поддержанія Treu und Glauben, приведшее высшую судебную практику къ положенію, что всякое сомнѣніе въ законѣ или волѣ контрагентовъ должно быть разрѣшаемо въ такомъ смыслѣ, который соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ и нравамъ честныхъ людей и въ особенности—солидныхъ купцовъ [12]).

Затѣмъ швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ вводитъ судейское усмотрѣніе во множествѣ случаевъ, гдѣ требуется восполненіе или свободное истолкованіе воли сторонъ [13]).

Новое торговое уложеніе Германіи предполагаетъ во многихъ параграфахъ судейское усмотрѣніе для изъясненія смысла договора [14]).

Авторы русскаго проекта предоставляютъ возможно широкій просторъ усмотрѣнію суда, такъ какъ только при этомъ условіи могутъ быть въ каждомъ данномъ случаѣ опредѣлены отношенія сторонъ на справедливыхъ основаніяхъ. По ихъ мнѣнію, по дѣйствующему закону суды весьма ограничены въ правѣ руководствоваться свободнымъ усмотрѣніемъ. Этимъ недостаткомъ страдаетъ въ особенности нашъ процессъ объ убыткахъ [15]), не смотря на доказанность самого права на вознагражденіе, на несомнѣнное существованіе

---

[10]) Massé. Le droit commercial. T. IV, стр. 436—437, № 2570. Delamarre et Lepoitvin. Traité théorique et pratique de droit commercial. T. I (1861), № 193 стр. 313.—Аналогично съ французскимъ правомъ рѣшаетъ вопросъ о дискреціонной власти суда и Codice di commercio, art. 44. Vidari. Corso di diritto commerciale. V. III (1889), стр. 347, 349. Marghieri. Il diritto commerciale italiano. V. II (1884), стр. 63, пр. 19.

[11]) См. стр. 78.

[12]) Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts (1875), стр. 310—311, пр. 14

[13]) §§ 114, 116, ч. 2, 182, 250, 292, 310, 364. Опредѣленіе убытковъ (ср. § 50) §§ 51, 53, 54, 55. 58, 60.

[14]) Handelsgesetzbuch, §§ 14, 37, 46, 59, 62, 71, 72, 75, 117, 133, 165, 336, 338 и др.

[15]) Ср. Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ. Изд. Ред. Комм. СПБ. 1891, №№ 391, 392, 394, 395. Любопытно мнѣніе подъ № 24, рекомендующее дать полный просторъ мировымъ судьямъ.

убытковъ, наши суды отказываютъ въ искѣ лишь по недоказанности точной цифры убытковъ. Проектъ знаетъ не мало случаевъ, когда вопросъ будетъ рѣшаться по усмотрѣнію суда[16]), важнѣйшими между которыми надо считать ст.ст. 31 и 63. Первая расширяетъ понятіе обмана на счетъ случаевъ, когда кто-либо, злоупотребляя оказываемымъ ему довѣріемъ или принадлежащею ему властью или пользуясь легкомысліемъ, слабостью воли, неопытностью, нуждой, либо несчастіемъ другого, заключитъ съ нимъ явно невыгодный для него договоръ. Нельзя не признать, что законъ возлагаетъ серьезную обязанность на судью, давая ему подобную статью. Но ни явно выраженныя намѣренія авторовъ въ объяснительной запискѣ[17]), ни вполнѣ опредѣленный смыслъ статьи не даютъ повода думать, что здѣсь устанавливается произволъ судьи и что ему приписывается несоотвѣтствующая экономическая функція. Злоупотребленіе довѣріемъ или принадлежащей властью, эксплоатація легкомыслія, слабости воли, неопытности, нужды, несчастія, вынуждающихъ къ „явно невыгодному договору"—все это случаи, если относиться къ нимъ безъ предвзятой мысли, весьма опредѣленно очерченные, въ жизни встрѣчающіеся и не заслуживающіе защиты закона.

Не менѣе важный случай примѣненія судейскаго усмотрѣнія представляетъ и статья 63, которая гласитъ: „если въ договорѣ назначена неустойка въ очевидно преувеличенномъ размѣрѣ или если она представляется чрезмѣрною въ виду неисполненія должникомъ обязательства лишь въ незначительной части, то судъ можетъ, по просьбѣ должника, уменьшить размѣръ неустойки, но обязанъ при этомъ принять въ соображеніе не только имущественные, но и другіе справедливые интересы вѣрителя". Не въ первый разъ дѣлаются попытки ограничить назначеніе чрезмѣрныхъ неустоекъ[18]) и прин-

---

[16]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. LIV. Проектъ см. ст. 25, 31, 63, 117 ч. 2, 119, 122, 201, 291, 288, 314, 377, 392, 399, 422, 438, 457, 997, 1078, 1093, 1098.

[17]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 80-81.

[18]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 144 сл. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 275 сл. Уст. торговый ст. 330: пеня за неустойку со стороны нанимателя корабля подъ грузъ не должна превосходить суммы провозныхъ денегъ и грузового награжденія корабельщику, прописаннаго въ договорѣ. Ст. 331: пеня за неустойку со стороны корабельщика не должна превосходить половины провозныхъ денегъ и половины грузового награжденія. Ст. 332: пеня за неустойку со стороны того, кто участвуетъ

ципъ усмотрѣнія суда въ опредѣленіи размѣра неустойки не разъ уже подвергался критикѣ [19]).

Не входя въ подробную оцѣнку давно практикуемаго правила, замѣтимъ лишь, что русскіе судебные дѣятели рисуютъ весьма мрачную картину злоупотребленія чрезмѣрными неустойками и настойчиво требуютъ отъ законодателя ограниченія этихъ злоупотребленій [20]). Но легко понять нецѣлесообразность опредѣленія въ законѣ размѣра неустойки. Историческій ходъ развитія и настоятельныя потребности жизни побудили авторовъ проекта предоставить судьѣ опредѣленіе этого размѣра въ случаѣ, если неустойка окажется назначенной „въ очевидно преувеличенномъ размѣрѣ". Если согласиться, что неустойка въ значительной степени является и средствомъ предварительнаго опредѣленія интереса [21]), то исходъ ст. 63 представляется тѣмъ болѣе цѣлесообразнымъ, чѣмъ легче именно судьѣ „въ каждомъ данномъ случаѣ опредѣлить отношенія сторонъ на справедливыхъ основаніяхъ". Ст.ст. 31 и 63 представляютъ одинъ изъ многихъ, извѣстныхъ гражданскому праву, случаевъ защиты экономически слабыхъ и являются средствомъ, какъ непосредственно дѣйствующимъ, такъ и предупреждающимъ. Они не претендуютъ на искорененіе зла, не исключаютъ борьбы съ нимъ какими угодно другими средствами, но, въ то же время, они выполняютъ функцію, которая лежитъ на правѣ вообще, на гражданскомъ правѣ въ частности. Единство задачъ и цѣлей въ правѣ, какую бы отрасль его мы ни взяли, и различныя юридическія средства

въ кораблѣ, въ товарѣ или грузѣ, не должна превосходить половины его долга или участія. См. и ст. 148 Уст. о промышл., 1584, т. X, ч. I.

[19]) См. М. Я. Пергаментъ. Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ. Одесса, 1899, стр. 271 слл, особ. 312 слл., гдѣ указанія на законодательство и литературу. Самъ авторъ, въ принципѣ симпатизируя праву судьи на пониженіе неустойки, находитъ опыты законодательствъ въ этомъ отношеніи чрезвычайно смѣлыми и сомнѣвается въ практической осуществимости надеждъ, къ которымъ какъ будто и самъ присоединяется. Стр. 318, 330, ср. 327. Schneider und Fick. Das Schweizerische Obligationenrecht (1893), стр. 168. Весьма горячую критику статей 31 и 63 см. въ очень интересной статьѣ проф. I. А. Покровскаго. „Справедливость, усмотрѣніе судьи и судебная опека" въ „Вѣстникѣ Права". Декабрь, 1899, № 10.

[20]) Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ (1891), №№ 842—860, ср. № 1163, 1165.

[21]) См. М. Я. Пергаментъ. Договорная неустойка (1899), стр. 81, о русскомъ правѣ, стр. 248, 264, 265, пр. 1. Cosack. Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. I Bd (1897), стр. 325.

для достиженія ихъ—вотъ что, кажется, нужно имѣть въ виду при оцѣнкѣ указанныхъ статей проекта.

Нельзя не замѣтить, что усмотрѣніе судьи въ ст.ст. 31 и 63 принимаетъ нѣсколько особенное направленіе, будучи призвано создать компромиссъ, установить равновѣсіе между неравносильными контрагентами. Очевидно, что основной принципъ усмотрѣнія суда нуженъ всюду и всегда, безъ какого-либо различія оборота гражданскаго и торгово-промышленнаго. За исключеніемъ прямо указанныхъ случаевъ формализма (абстрактныя сдѣлки) и въ профессіонально-экономическихъ отношеніяхъ, каждый случай долженъ разрѣшаться на справедливыхъ основаніяхъ. Понятно, почему германскіе торговые кодексы 1861 и 1897 г. широко признаютъ судейское усмотрѣніе. Но судейское усмотрѣніе, какъ средство къ установленію равновѣсія между сторонами? Спрашиваютъ: отчего вводить судейское право пониженія неустойки въ гражданскомъ правѣ, если не вводить его въ то же самое время въ область права торговаго, въ которой злоупотребленія неустоичнымъ договоромъ были особенно часты и сильны? Двойственное рѣшеніе одного и того же вопроса не соотвѣтствуетъ ни интересамъ обезпеченности правопорядка, ни интересамъ единства въ правѣ [22]).

Мы уже знаемъ, что моментъ профессіи опредѣляетъ собой рядъ исключеній въ правѣ и дѣлаетъ неизбѣжной нѣкоторую двойственность, съ которой тѣмъ легче мириться, что она не имѣетъ принципіальнаго характера. Къ такимъ особенностямъ можно присоединить и свободу въ назначеніи неустойки и исключеніе права судьи на пониженіе ея. Въ торгово-промышленномъ оборотѣ возможны чрезмѣрныя по величинѣ неустойки, но тѣмъ мудренѣе отличить случаи преувеличенныхъ неустоекъ, чѣмъ чаще осложняются они спекуляціей со стороны обоихъ контрагентовъ. Вотъ эта-то обоюдная спекуляція и дѣлаетъ излишнимъ вмѣшательство судьи. Два профессіональные дѣльца одинаково умудрены своимъ занятіемъ-промысломъ; они равны по знанію, предусмотрительности, осторожности и близки одинъ къ другому по имущественному положенію. Вотъ мотивы, которыхъ не отмѣчаютъ авторы германскаго проекта торговаго уложенія [23]) и кото-

[22]) Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 164 (252). М. Я. Пергаментъ. Договорная неустойка (1899), стр. 328, пр. 2.

[23]) Они думаютъ, что пунктуальность исполненія болѣе нужна обороту торговому, чѣмъ гражданскому. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1894), стр. 209 (къ § 339 проекта).

рые должны были привести еще въ уложеніи 1861 г. къ постановленію, что въ торговыхъ сдѣлкахъ „размѣръ неустойки не подлежитъ ограниченію; она можетъ вдвое превышать ожидаемую отъ сдѣлки выгоду (Art. 284)[24]). Въ виду введенія судейскаго усмотрѣнія при опредѣленіи размѣровъ неустойки въ общее гражданское уложеніе, торговый кодексъ 1897 г. вслѣдъ за прежнимъ постановляетъ въ § 348, что договорный штрафъ, обѣщанный купцомъ въ предѣлахъ его торговаго промысла, не можетъ быть уменьшенъ на основаніи предписаній § 343 гражд. улож. Но любопытно то, что само торговое право допускаетъ изъ этого своего правила исключеніе въ пользу неполноправныхъ купцовъ, которые могутъ, такимъ образомъ, просить судъ объ уменьшеніи чрезмѣрной неустойки (§ 351 нов. торг. ул.).

Было бы справедливо присоединить и къ ст. 63 проекта оговорку, что правило о пониженіи судьей чрезмѣрной неустойки не примѣняется въ отношеніяхъ между купцами.

---

§ 7. Формализмъ.

Усмотрѣніе суда—одно изъ средствъ къ отысканію правды, но оно не единственное. Повидимому, на противоположномъ полюсѣ стоятъ усмотрѣніе суда, какъ индивидуализація отношеній, и формализмъ, какъ отрѣшенность отъ матеріальной causa. А между тѣмъ эти два принципа не только уживаются, но и служатъ одной и той же цѣли, примиряясь между собой въ томъ, что, какъ было уже замѣчено, и при формализмѣ непосредственныя отношенія контрагентовъ, по сколько ими не затрогиваются интересы третьихъ лицъ, требуютъ изслѣдованія матеріальныхъ отношеній съ самымъ широкимъ примѣненіемъ свободы толкованія.

Не безъизвѣстный и гражданскому праву этотъ внутренній формализмъ получилъ особенное развитіе въ торговомъ правѣ, проявившись здѣсь различнымъ образомъ и прежде всего въ презумціяхъ, т. е. предположеніяхъ, построенныхъ на продолжительномъ житейскомъ опытѣ. Господство законныхъ предположеній начинается въ

---

[24]) Allgem. Landr. f. d. Preussischen Staaten I 5 § 301—если штрафъ превышаетъ сумму двойного интереса, судья обязанъ понизить его до означенной суммы.

торговомъ правѣ съ общей презумціи возмездности всѣхъ торговыхъ актовъ. Если купецъ передаетъ товаръ, оказываетъ услугу или кредитъ, предполагается, что дѣлаетъ все это онъ не даромъ, хотя бы прямого соглашенія о томъ не было. Если два или нѣсколько купцовъ принимаютъ на себя одно обязательство, значитъ, они выступаютъ солидарными должниками, хотя бы такого намѣренія не было выражено. Раздѣленіе внутренней и внѣшней стороны проходитъ чрезъ цѣлый рядъ институтовъ, изучаемыхъ торговымъ правомъ. Кто купецъ? Тотъ, отъ чьего имени ведется торговля; а за чей счетъ она ведется, это не интересно для третьихъ лицъ, имѣющихъ дѣло лишь съ тѣмъ, кто во внѣ выступаетъ, какъ купецъ. Кто представитель? Опять тотъ, кто выдаетъ себя за таковаго, имѣя формальные признаки представительства. То же раздѣленіе двухъ сторонъ, внѣшней и внутренней, въ векселѣ, въ коммисіи.

Многія изъ этихъ презумцій не были извѣстны гражданскому праву, и однимъ изъ результатовъ его сближенія съ торговымъ является распространеніе ихъ дѣйствія на весь оборотъ. Не имѣя въ виду изслѣдовать всѣ случаи примѣненія формализма въ новомъ гражданскомъ правѣ и исчерпывающимъ образомъ указывать всѣ тѣ нормы новыхъ гражданскихъ уложеній, на которыхъ отразилось торговое право, мы остановимся лишь на болѣе важныхъ примѣрахъ, которые послужатъ достаточной иллюстраціей совершающагося сближенія между двумя областями частнаго права.

—

По мотивамъ, которые руководятъ человѣкомъ въ его промышленной дѣятельности, безвозмездность въ торговыхъ сдѣлкахъ правильно считается исключеніемъ, а возмездность общимъ правиломъ, а на этомъ основаніи и презумціей.

На этой именно точкѣ зрѣнія стоитъ прусское земское уложеніе, презумирующее вознагражденіе за такія услуги, которыя составляютъ средства къ жизни и входятъ какъ часть въ промыселъ лица [2]). По саксонскому уложенію (§ 1231) плату по договору личнаго найма можно требовать и безъ прямого обѣщанія, если услуги составляютъ

---

[1]) Regelsberger въ Endemann's Handbuch des Handels=See und Wechselrechts. Bd. II (1882), стр. 496.

[2]) Allg. Landrecht I, 11, § 873... „und gehört die Handlung zu seinen gewöhnlichen Nahrungs=und Berufsgeschäften“.

промыселъ лица. Торговый промыселъ, въ который входятъ совершаемыя для другого сдѣлки или оказываемыя услуги, является основаніемъ презумціи возмездности и по германскому торговому уложенію 1861 (Art. 290), а равно и по уложенію 1897 (§ 354).

Профессія есть осуществленіе спекуляціи, и потому принимается за основаніе презумціи возмездности. Но не одна профессія такимъ основаніемъ можетъ быть. Тамъ, гдѣ нѣтъ профессіи, ее можетъ замѣнять обстановка даннаго случая, создающая презумцію возмездности сдѣлки. Этотъ, именно, моментъ обстановки является рѣшающимъ и по германскому гражданскому уложенію для случаевъ личнаго найма (§ 612), заказа (§ 632), услугъ маклера (§ 653), поклажи (§ 689) и т. д., и по русскому проекту—для поклажи (ст. 365), найма (399), довѣренности (505), negotiorum gestio (1056). Бросающееся въ глаза исключеніе по проекту представляетъ лишь отмѣченная уже презумція безпроцентности, которую нельзя опровергать по обстоятельствамъ даннаго случая: проценты должны быть прямо выговорены. Само собой разумѣется, что установленіе и для этого случая общаго основанія рѣшенія вопроса о возмездности или безвозмездности представляется столь же справедливымъ, какъ во всѣхъ другихъ: кредиторъ долженъ имѣть право доказывать, что при заключеніи сдѣлки не могло быть мысли о его безвозмездности, подобно тому, какъ при займахъ между торговцами должникъ можетъ доказывать, что въ намѣреніе сторонъ не могло входить возмездности.

Во всякомъ случаѣ, установленіе презумціи возмездности или безвозмездности находится всецѣло въ рукахъ законодателя, безъ различія правъ торговаго и гражданскаго. Неизбѣжное, при сближеніи двухъ системъ, вліяніе одной на другую сказалось въ расширеніи презумціи возмездности на счетъ предполагаемой въ сосѣдскихъ отношеніяхъ безвозмездности. Обстановка и обстоятельства даннаго случая являются компромиссомъ между двумя теченіями, вполнѣ примиряющимъ ихъ и удовлетворяющимъ потребности оборота.

—

Другой примѣръ формализма, заслуживающій вниманія, представляетъ презумція солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ должниковъ, считающаяся по существу торговой[3]), на самомъ же дѣлѣ

---

[3]) Vidari. Corso di diritto commerciale. V. II (1889), стр. 240—241, 243.

являющаяся вполнѣ легальной. Когда слѣдуетъ предполагать „общность интереса, общность договора, общность обязанности“ (Vidari)— это вопросъ факта и законодательной политики. По общему правилу (исключенія Allg. Preuss. Landr. I, 5 § 424) солидарность не презумируется въ гражданскомъ правѣ. Напротивъ того, эта презумція твердо выражена въ современномъ[4]) торговомъ правѣ: во французскомъ—путемъ обычая и теоріи[5]), въ германскомъ и итальянскомъ—закономъ. Art. 280 Allg. D. Handelsgesetzbuch и art. 40 Codice di commercio 1882[6]) предполагаютъ солидарную отвѣтственность двухъ или нѣсколькихъ лицъ, сообща вступающихъ въ обязательство съ третьимъ лицомъ по такой сдѣлкѣ, которая по отношенію къ нимъ является торговою. Мотивы такого предположенія лежатъ, конечно, въ профессіи, обязывающей, по крайней мѣрѣ, къ внимательности и осторожности, нужной для того, чтобы не ввести въ заблужденіе кредитора. Германское гражданское уложеніе, слѣдуя за прусскимъ земскимъ, считаетъ нужнымъ установить подобную презумцію и для общегражданскаго оборота: если нѣсколько лицъ по договору совмѣстно обязались учинить дѣлимое исполненіе, то, въ случаѣ сомнѣнія, они отвѣчаютъ солидарно[7]). И въ виду только что сказаннаго о необходимости особаго основанія для установленія презумціи нельзя признать цѣлесообразнымъ обобщеніе § 427. Правильнѣе рѣшается этотъ вопросъ проектомъ русскаго обязательственнаго права, который, не устанавливая презумціи для всего обыденнаго оборота, признаетъ солидарность въ рядѣ отдѣльныхъ случаевъ[8]) и, чѣмъ особенно расширяетъ солидарную отвѣтственность, устанавливаетъ презумцію ея для договоровъ, относящихся къ торговлѣ или касающихся общей собственности. По 167 ст. проекта: „если двое или нѣсколько лицъ приняли на себя обязательство по договору, относящемуся къ торговлѣ или имѣющему своимъ предметомъ ихъ общую собственность, то они подлежатъ совокупной отвѣтственности, развѣ бы въ договорѣ

---

[4]) Источники торговаго права на протяженіи исторіи не устанавливаютъ такой презумціи. Massé. Le droit commercial. T. III (1874), стр. 431, 467.

[5]) Code de commerce, art. 22, 23, 140, 187.—Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. T. III (1891), стр. 35.

[6]) Указанія на другія законодательства см. Marghieri. Il diritto commerciale italiano. V. II (1884), стр. 32 сл.

[7]) Гражд. улож. § 427. Ср. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 153.

[8]) Ст. ст. 344, 379, 444, 524, 527, 565, 627, 644, 692, 746, 1022, 1051.

было поставлено иначе". По ст. 360: „торговцы, занявшіе деньги совмѣстно, отвѣчаютъ передъ заимодавцемъ, какъ совокупные должники". Раньше уже была отмѣчена нѣкоторая неясность статей проекта о солидарной отвѣтственности. Исходя изъ соображеній о цѣли установленія презумціи и о значеніи профессіи, мы должны склониться къ толкованію цитированныхъ статей въ томъ смыслѣ, что купцы солидарно отвѣчаютъ не только передъ купцами, но и предъ всякими другими кредиторами.

—

Хорошо извѣстный торговому праву формализмъ при опредѣленіи момента установленія довѣренности и объема полномочій, оказываетъ свое вліяніе на гражданское право при объединеніи двухъ частноправовыхъ системъ. Еще въ прусскомъ земскомъ уложеніи (I, 13 § 122) за управителемъ и бухгалтеромъ признается презумтивно полномочіе на совершеніе сдѣлокъ въ области довѣреннаго имъ дѣла. По герм. торг. ул. 1861. Art. 50 и по § 56 новаго торговаго уложенія, лицо, приставленное къ магазину, лавкѣ или товарному помѣщенію, считается уполномоченнымъ на совершеніе продажъ и на полученія, которыя обычны въ подобныхъ лавкахъ, магазинахъ и товарныхъ складахъ. Важное значеніе такого предположенія въ оборотѣ не нуждается въ доказательствахъ, какъ не нужно указывать и на то, что презумція эта вызвана профессіей и установлена въ интересахъ третьихъ лицъ. Совершенно правильно вводитъ эту презумцію и русскій проектъ обязательственнаго права, притомъ съ полнымъ основаніемъ расширяя ее за предѣлы торговли. По 515 ст. проекта „лица, которымъ ввѣрено управленіе сельскимъ имѣніемъ, домомъ, заводомъ или инымъ имуществомъ, либо торговымъ или промышленнымъ предпріятіемъ, а равно лица, исполняющія въ торговомъ или иномъ промыслѣ какія-либо должности, признаются уполномоченными на совершеніе всѣхъ тѣхъ дѣйствій, которыя оказываются необходимыми или обычными при исполненіи возложеннаго на нихъ порученія" (ср. швейц. § 426)[9]).

---

[9]) Авторы имѣютъ въ виду разнаго рода служащихъ въ торговыхъ и иныхъ промышленныхъ заведеніяхъ, какъ-то приказчиковъ, кассировъ и т. п. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. III (1899), стр. 47. Но редакціей статьи 515, очевидно, не обнимаются полномочія разъѣздного приказчика. Ср. Art. 49 торгов. улож. 1861 г. и § 55, ч. 1 и 2 улож. 1897. Вопросъ о правомочіи разъѣздныхъ приказчиковъ, не безъизвѣстныхъ и нашему обороту, вызвалъ не мало разговоровъ

Что касается объема полномочій довѣреннаго лица, то и здѣсь торговый оборотъ давно выработалъ презумцію, въ силу которой всякое торговое полномочіе простирается не только на прямо обозначенныя въ довѣренности дѣйствія, но и на всякія другія, которыя обыкновенно совершаются въ подобнаго рода предпріятіяхъ (Art. 47 Abs. 1 HGB), и что ограниченія обычныхъ предѣловъ полномочія имѣютъ значеніе для третьихъ лицъ только тогда, когда эти ограниченія были извѣстны имъ или должны быть извѣстны (§ 54 ч. 3 нов. герм. торг. уложен.).

Самое широкое примѣненіе этой презумціи мы видимъ въ германской прокурѣ. Прокуристъ это alter ego принципала и ограниченъ лишь въ отчужденіи недвижимости, въ переуступкѣ прокуры, въ отчужденіи предпріятія и въ такихъ личныхъ актахъ, какъ присяга [10]). Эта широта полномочій получаетъ особенное значеніе по той причинѣ, что она установлена самимъ закономъ и имѣетъ принудительный характеръ. Опредѣленныя закономъ полномочія не могутъ быть ограничены со стороны принципала, и ограниченія не имѣютъ никакого значенія для третьихъ лицъ, даже знающихъ о нихъ. Въ виду существованія въ Германіи такого института, всякое другое торговое полномочіе является тамъ ограниченнымъ. Такъ именно общее и молчаливое полномочіе не обнимаютъ собой: отчужденія недвижимости, выдачи векселя, займа, передачи торговаго полномочія третьему и веденія процесса. На совершеніе этихъ дѣйствій должно быть дано спеціальное полномочіе (Art. 47 Abs. 2 HGB., § 54 ч. 2 нов. торг. улож.). Подобнаго же ограниченія не существуетъ въ герм. гражданскомъ правѣ, вѣроятно, по той причинѣ, что гражданскому праву не извѣстна и прокура. Но такая разница въ нормированіи полномочія торговаго и гражданскаго можетъ повести къ неожиданнымъ выводамъ въ виду искусственности раздѣленія двухъ областей. Такъ, напр., предположимъ, что существуетъ обычай акцептовать вексель вмѣсто уплаты за матеріалъ, нужный

при обсужденіи проекта герм. торг. улож. въ рейхстагѣ. Materialen zum Handelsgesetzbuche (1897), стр. 167 (255), въ парламентской коммисіи, стр. 215 (303). Другіе случаи полномочія, презумируемаго по обстановкѣ—въ ст. 516—предъявитель заборной книжки, выданной для отпуска товара въ долгъ, признается уполномоченнымъ забирать по ней товаръ въ долгъ, и въ ст. 517 - росписка на счетѣ, сдѣланная принципаломъ, уполномочиваетъ на полученіе платежа по счету.

[10]) HGB. Art. 41 сл. Нов. торг. ул. § 48 сл.

для булочнаго промысла и переплетнаго ремесла. Если булочникъ и переплетчикъ дадутъ общія довѣренности, то окажется, что довѣренный переплетчика можетъ (по гражд. пр.) акцептовать вексель въ счетъ своего довѣрителя, уполномоченный же булочника (по торгов. праву) этого сдѣлать не можетъ[11]).

Напротивъ того, не возникаетъ подобной непослѣдовательности тамъ, гдѣ торговое право объединяется съ гражданскимъ. Русскій проектъ въ ст. 513 постановляетъ, что „предоставленіе повѣренному права отчуждать и пріобрѣтать недвижимыя имѣнія, установлять и отчуждать вотчинныя права на таковыя, дѣлать займы, вступать въ вексельныя обязательства, обязываться неустойкой, совершать дареніе, вступать въ товарищество, заявлять о принятіи наслѣдства или объ отреченіи отъ него и заключать мировыя сдѣлки, должно быть положительно выражено въ довѣренности (особая или спеціальная довѣренность)“. Такая осторожность совершенно соотвѣтствуетъ обыденному обороту. Иное дѣло сфера профессіональной дѣятельности. По ст. 514: „если собственникъ торговаго, фабричнаго или иного промышленнаго предпріятія выдастъ довѣренность въ общихъ выраженіяхъ, съ предоставленіемъ повѣренному права дѣйствовать во всемъ по своему усмотрѣнію, на правахъ хозяина, или подписываться его фирмою (общая и неограниченная довѣренность), то повѣренный признается имѣющимъ право на совершеніе всякаго рода дѣйствій, сопряженныхъ съ производствомъ данной торговли или промысла, и не нуждается въ особой довѣренности на совершеніе займовъ, вступленіе въ вексельныя обязательства, обезпеченіе договоровъ неустойкою, заключеніе мировыхъ сдѣлокъ и веденіе, во всѣхъ инстанціяхъ, судебныхъ дѣлъ, возникающихъ изъ торговли или промысла“. Ст. приближаетъ насъ къ германской прокурѣ, полнаго установленія каковой желать нельзя въ виду излишней категоричности института.

—

Быть можетъ, больше, чѣмъ гдѣ либо, торговое право оказало вліяніе на гражданское въ развитіи добросовѣстнаго владѣнія, въ признаніи права собственности въ лицѣ владѣльца—по презумціи. Какъ мы уже знаемъ, институтъ выросъ изъ потребностей общаго оборота, поддерживался французской практикой и, наконецъ, получилъ не полное выраженіе въ art. 2279 Code civil: относительно движимостей вла-

[11]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1897), стр. 121.

дѣніе считается титуломъ собственности. Однако тотъ, кто потерялъ вещь или у кого она была украдена, можетъ въ теченіе трехъ лѣтъ со дня потери или покражи виндицировать ее у того, у кого отыщется вещь. А этому послѣднему предоставляется взыскивать убытки съ того, отъ кого онъ вещь получилъ. Только интересами оборота и можно оправдать стремленіе французской теоріи придать этому правилу значеніе не простой презумціи, которую можно и опровергнуть, а praesumtio juris et de jure. Въ подтвержденіе такого толкованія указываютъ на art. 1352, въ силу котораго законная презумція освобождаетъ отъ представленія какихъ либо доказательствъ того, въ пользу кого она существуетъ. И еще болѣе вѣскій доводъ въ пользу защищаемаго толкованія art. 2279 видятъ во второй части этого артикля, допускающей виндикацію движимости въ двухъ случаяхъ— потери вещи и покражи ея. Очевидно, что за этими исключеніями остается общее правило—принципіальной недопустимости виндикаціи движимости. Теорія и практика во Франціи примѣняютъ къ этимъ исключительнымъ случаямъ ограничительное толкованіе [12]).

Виндицирующій украденную или потерянную вещь, по общему правилу, не обязанъ платить ея стоимости даже добросовѣстному пріобрѣтателю [13]). Иное дѣло, когда вещь куплена bona fide на ярморкѣ или рынкѣ (также биржѣ), или съ публичной продажи, а равно— отъ купца, торгующаго этого рода вещами (art. 2280 Code civil). Во всѣхъ этихъ случаяхъ виндицирующій потерянную или украденную у него вещь обязанъ уплатить владѣльцу заплаченную имъ стоимость.

Здѣсь далеко не исчерпывается ученіе о добросовѣстномъ владѣніи, какъ оно представлено французской теоріей. Но и сказаннаго достаточно, чтобы объяснить себѣ то вліяніе, какое оказала эта французская доктрина на нѣмецкое право. Изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ государствъ сохраняло древнее правило лишь австрійское право (§ 367) [14]), допускавшее къ тому же защиту добросовѣстнаго владѣнія, совершенно независимо отъ того, какимъ образомъ вещь вышла изъ рукъ собственника. А между тѣмъ потребность въ институтѣ

---

[12]) Aubry et Rau. Cours de droit civil français d'après la methode de Zachariae. Paris. 1897. T. II, стр. 144—145, 147.

[13]) Aubry et Rau. Cours de droit civil, T. II (1897), стр. 149.

[14]) Stobbe. Handbuch des Deutschen Privatrechts. II Bd., I Hlb. (1896), стр. 270.

требовала распространенія его на болѣе широкую сферу. Мы уже знаемъ тѣ историческія условія, которыя заставили Германію возстановлять и объединять національные принципы въ спеціальномъ правѣ. Торговое уложеніе [15]) восприняло въ себя принципъ, сохраненный французскимъ и австрійскимъ правомъ, примкнувъ къ первому изъ нихъ относительно условій защиты добросовѣстнаго владѣнія. По Art. 306 [16]): „если товары или другія движимыя вещи отчуждаются и передаются купцомъ въ предѣлахъ его торговаго промысла, то добросовѣстный пріобрѣтатель становится собственникомъ, хотя бы право собственности и не принадлежало отчуждателю. Право собственности, ранѣе пріобрѣтенное, прекращается. Всякое ранѣе пріобрѣтенное закладное или какое либо другое вещное право прекращается, если о существованіи этихъ правъ не было извѣстно пріобрѣтателю. Если товары или другія движимыя вещи закладываются и передаются купцомъ въ предѣлахъ его торговаго промысла, то ранѣе пріобрѣтенное въ этихъ предметахъ право собственности, право заклада или какое либо другое вещное право, не можетъ быть осуществлено во вредъ добросовѣстнаго залогодержателя или его правопреемниковъ. Законное закладное право коммисіонера, экспедитора и возчика приравнивается закладному праву, пріобрѣтенному по договору. Настоящая статья не примѣняется въ томъ случаѣ, если предметы были украдены или утеряны“. Благодаря этой послѣдней оговоркѣ Art. 306 оказался въ противорѣчіи съ § 367 австрійскаго уложенія.

Это правило германскаго торговаго права впервые обобщено было и распространено на весь гражданскій оборотъ швейцарскимъ закономъ объ обязательствахъ, гдѣ слово купецъ замѣнено словомъ „каждый“: „за исключеніемъ постановленій объ украденныхъ или потерянныхъ вещахъ, право собственности на вещь, переходитъ на добросовѣстнаго пріобрѣтателя, хотя бы отчуждатель ея не былъ собственникомъ. При этихъ же условіяхъ уничтожаются прочія вещныя права третьихъ лицъ на вещь“. „Вещи украденныя или потерянныя могутъ быть требуемы отъ всякаго ихъ обладателя въ теченіе пяти лѣтъ, считая со дня утраты. Если такая вещь добросовѣстно пріобрѣтена

---

[15]) Вексельный уставъ 1848 г. въ § 74 легитимируетъ векселедержателя, который только въ томъ случаѣ можетъ быть вынужденъ къ выдачѣ векселя, если онъ пріобрѣлъ документъ mala fide или обнаружилъ при пріобрѣтеніи грубую неосторожность.

[16]) Германское торговое уложеніе Перев. Л. Л. Брейтфусъ. СПБ. 1889.

на рынкѣ, или съ публичнаго торга, или у купца, торгующаго подобнымъ товаромъ, то ея обладатель обязанъ возвратить вещь лишь по возмѣщеніи уплаченной имъ цѣны“ [17]).

Если швейцарскій законъ уже вполнѣ возстановилъ принципъ защиты добросовѣстнаго владѣльца движимости—для гражданскаго оборота, то германское гражданское уложеніе 1896 г. сдѣлало тоже самое для бо́льшей области, являясь имперскимъ законодательствомъ первокласснаго государства. Историческія причины, на которыхъ мы уже останавливались, сдѣлали то, что общегражданскій принципъ древняго права получилъ первое ясное признаніе въ торговомъ кодексѣ; и, прежде чѣмъ быть возстановленнымъ въ общемъ гражданскомъ правѣ Германіи, былъ принятъ гражданскимъ правомъ Швейцаріи, явившейся какъ бы примѣромъ для Германіи.

Въ германскомъ гражданскомъ уложеніи 1896 г. [18]) нашъ принципъ выраженъ такъ [19]): „чрезъ отчужденіе, учиненное согласно статьѣ 929, пріобрѣтатель становится собственникомъ отчужденной вещи, хотя бы вещь не принадлежала отчуждателю, развѣ пріобрѣтатель дѣйствовалъ недобросовѣстно“ (§ 932). „Право собственности не пріобрѣтается на основаніи ст. 932—934, если вещь была похищена у собственника, или потеряна имъ, или инымъ образомъ утрачена. Эти правила не примѣняются къ деньгамъ и къ бумагамъ на предъявителя, а также къ вещамъ, проданнымъ съ аукціона“ (§ 935).

За такимъ объединеніемъ въ нашемъ вопросѣ торговаго права съ гражданскимъ въ первомъ остается слишкомъ мало особенностей. Такъ по торговому уложенію 1861 считали (по аналогіи—Art. 306 Abs. 1 Satz. 3) пріобрѣтателя недобросовѣстнымъ, если онъ зналъ, что отчуждающій—несобственникъ. Комментаторы прибавляли къ этому: или, если онъ долженъ былъ знать. Но дѣлалась при этомъ оговорка, что иногда и такое знаніе не исключало добросовѣстности, а именно, когда отчуждающій дѣйствуетъ по порученію. Гражданское уложеніе не пошло за такимъ толкованіемъ (§ 932 ч. 2). Между тѣмъ, какъ новое торговое уложеніе воспроизводитъ въ § 366 Abs. 1 прежнее воззрѣніе, распространяя означенное правило и на случай, когда

---

[17]) Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 14 іюня 1881 г. Изд. Ред. комм. по составл. гражд. улож. СПБ. 1881, §§ 205, 206 и 227.

[18]) По примѣру торговаго — см. Motive zu dum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III, стр. 344.

[19]) Гражданское уложеніе Германской Имперіи. Перев. съ нѣм. СПБ. 1898.

отчужденная вещь обременена въ пользу несобственника, напр., залогомъ (гражд. ул. § 936 ч. 2. Торгов. улож. 1897—§ 366 Abs. 2). Въ частности относительно пріобрѣтенія бумагъ на предъявителя переходитъ въ § 935 ч. 2 гражд. ул. правило Art. 307 Handelsgesetzbuch 1861 г., что виндикація не допускается относительно бумагъ на предъявителя и въ томъ случаѣ, если эти бумаги отчуждены или заложены лицомъ, не занимающимся въ видѣ промысла торговлею, а равно если онѣ украдены или утеряны. Новое торговое уложеніе не воспроизводитъ этого правила, но и здѣсь надо признать сохраняющуюся разницу относительно опредѣленія недобросовѣстности пріобрѣтателя: онъ дѣйствуетъ bona fide, если знаетъ, что отчуждающій не собственникъ, но принимаетъ его за управомоченнаго (ср. § 366 нов. торг. уложенія). Второе отличіе новаго торговаго уложенія, въ нормированіи виндикаціи бумагъ на предъявителя, отъ гражданскаго заключается въ томъ, что, по § 367 торговаго уложенія, если банкиръ пріобрѣтаетъ бумаги на предъявителя, которыя были украдены у собственника или имъ потеряны, и объ этомъ была сдѣлана надлежащая публикація, со времени которой прошло не больше года, то банкиръ считается недобросовѣстнымъ. Но это правило не примѣняется, 1) если пріобрѣтатель, въ силу особыхъ обстоятельствъ, не могъ знать о потерѣ и публикаціи, 2) при банкнотахъ, 3) при процентныхъ и дивидендныхъ бумагахъ, которыя въ ближайшій послѣ отчужденія срокъ впадаютъ въ тиражъ [20]).

Чтобы покончить съ добросовѣстнымъ владѣніемъ, остановимся еще на русскомъ правѣ. Наши гражданскіе законы не даютъ никакихъ основаній для признанія защиты добросовѣстнаго владѣнія. По ст. 1512 ч. 1 т. X: „если движимое имущество куплено безъ поручительства, хотя, впрочемъ, не завѣдомо краденое, но впослѣдствіи оно окажется краденымъ, то покупщикъ подвергается лишенію онаго и отобранію въ пользу настоящаго хозяина, а ему предоставляется заплаченныя деньги искать на продавцѣ“. Ст. 534 ч. 1 т. X: „движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано“ есть только praesumtio juris, подлежащая опроверженію. Судебная практика не могла не натолкнуться на затрудненія при примѣненіи этой статьи къ случаямъ вин-

---

[20]) Правило Art. 306, Abs 2 о примѣненіи правилъ добросовѣстнаго владѣнія къ залогу перешло въ § 366, Abs. 1 новаго торговаго уложенія.

дикаціи движимости вообще, товаровъ и цѣнныхъ бумагъ въ частности. Въ интересахъ оборота она рѣшила это затрудненіе въ пользу защиты добросовѣстнаго владѣнія [21]).

Точкой опоры для такого рѣшенія могли бы служить нѣкоторыя отдѣльныя постановленія нашего законодательства. Такъ по ст. 82 разд. II Устава кредитнаго (Св. зак. т. XI ч. 2) „безъименные билеты государственныхъ займовъ передаются изъ рукъ въ руки безъ надписей и владѣльцемъ ихъ признается держатель билета“... По п. 5. ст. 62 разд. XI Устава кредитнаго, въ случаѣ утраты безъименнаго билета на вкладъ,—уплата капитала и процентовъ производится предъявителю билета. По ст. 569 Устава судопроизводства торговаго (т. XI ч. 2) несостоятельный коммисіонеръ, продавшій ввѣренные ему для отправки товары, предается уголовному суду; „покупатель же товаровъ, заплатившій за нихъ деньги, остается въ правѣ своемъ неприкосновеннымъ, развѣ бы доказано было, что онъ участвовалъ въ умыслѣ съ несостоятельнымъ“. На эти статьи могла бы опереться и Редакціонная коммисія, вводя въ ст. 228 древній принципъ, вполнѣ отвѣчающій и потребностямъ современнаго оборота: „отъ добросовѣстнаго покупщика, проданныя ему движимыя вещи, не могутъ быть отобраны, хотя бы продавецъ и не былъ ихъ собственникомъ. Похищенныя или потерянныя вещи могутъ быть въ теченіе трехъ лѣтъ отобраны отъ всякаго третьяго лица; но купившій такую вещь съ публичнаго торга или отъ лица, производящаго торговлю подобными вещами, обязанъ возвратить ее собственнику лишь по возмѣщеніи уплаченной за нее цѣны и произведенныхъ на нее необходимыхъ и полезныхъ издержекъ.—Процентныя и другія бумаги на предъявителя ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть отобраны отъ добросовѣстнаго ихъ покупщика“. Въ ст. 593 читаемъ: „бумага на предъявителя, хотя бы она была потеряна или похищена, можетъ быть отыскиваема только отъ лица, пріобрѣвшаго ее недобросовѣстно или безмездно“. По ст. 267 „права третьихъ лицъ, возмездно и добросовѣстно пріобрѣтенныя на подаренное имущество, отмѣною даренія не нарушаются“.

Авторы проекта, очевидно, спѣшили съ введеніемъ института добросовѣстнаго владѣніи и, можетъ быть, только этимъ обстоятельствомъ

---

[21]) Законы Гражданскіе (Св. зак., т. X. ч. 1, изд. 1887 г.), сост. подъ ред. А. К. Гаугера—см. сенат. рѣш. подъ ст. ст. 534 и 1512. — Обязательства. Проектъ съ объясненіями, т. I (1899), стр. 497—498.

нужно объяснять помѣщеніе ихъ въ рубрикѣ купли-продажи, какъ бы исключающее другіе способы возмезднаго пріобрѣтенія, какъ основанія добросовѣстнаго владѣнія. Здѣсь можно напомнить, что у процитированной уже ст. 569 Устава торговаго судопроизводства имѣется примѣчаніе, изъ котораго мы узнаемъ, что „въ 1876 г. Государственнымъ Совѣтомъ, по частному дѣлу, разъяснено, что, хотя въ сей (569) статьѣ не упоминается прямо о закладѣ коммисіонеромъ товаровъ, но по общему смыслу и значенію сего закона, имѣющаго въ виду возмездное отчужденіе имущества, нѣтъ основанія исключать и залогъ изъ дѣйствія сей статьи, ибо и залогъ есть ничто иное, какъ отчужденіе права распоряженія, составляющаго нераздѣльную принадлежность права собственности“. Предполагаютъ ли редакторы внести эту необходимую поправку въ ученіе о добросовѣстномъ владѣніи и, вообще, вывести его изъ тѣсныхъ рамокъ договора продажи?

Послѣ такого расширенія ограниченія виндикаціи въ пользу добросовѣстнаго владѣнія историческая роль торговаго права въ этой области должна считаться законченной. Оно оказало несомнѣнное вліяніе на развитіе института, дѣйствіе котораго не выходило за предѣлы торговаго оборота. Сближеніе двухъ частноправовыхъ системъ снова обнаружило общее значеніе института, вызываемаго потребностями оборота и основаннаго на справедливомъ желаніи—защитить того, кто дѣйствовалъ добросовѣстно и съ соблюденіемъ всѣхъ предосторожностей, какія могутъ быть въ такомъ дѣлѣ потребованы отъ человѣка.

—

Перечисленными случаями далеко не исчерпывается вліяніе торговаго права на гражданское. Сближеніе двухъ частноправовыхъ системъ обнаружило цѣлесообразность обобщенія и распространенія на всю область гражданскаго оборота и многихъ другихъ случаевъ примѣненія формализма. Сюда относится, напримѣръ, абстрактный, отвлеченный отъ матеріальной causa договоръ, получившій, правда, достаточное развитіе и въ общегражданскомъ правѣ [22]), но нѣкоторыми своими формами обязанный обороту торгово-промышленному. Такой именно торгово-правовой формой является приказъ (Anwei-

---

[22]) См. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 689, пр. 1. Германское гражд. улож., § 780 слл. Швейц. зак. 1881, § 15.

sung), вводимый германскимъ гражданскимъ уложеніемъ (§ 783 сл.), хотя и разсчитанный, повидимому, на купеческій оборотъ [23]). Чисто купеческой формой приказа въ Германіи остается теперь, главнымъ образомъ, чекъ, не нормированный въ законодательствѣ (за исключеніемъ Эльзасъ-Лотарингіи). Между тѣмъ, какъ въ Швейцаріи (союзный законъ 1881 § 830 сл.) и Россіи (проектъ ст. 577 сл.) постановленія о чекахъ вводятся въ общегражданскія уложенія.

Гораздо бо́льшее вліяніе оказало торговое право на развитіе односторонняго обѣщанія, какъ основанія обязательства, вообще говоря, до сихъ поръ неизвѣстнаго гражданскому праву [24]). Случаями примѣненія этого принципа въ новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ являются публичное обѣщаніе награды [25]) и цѣнныя бумаги—по приказу и на предъявителя [26]). Развитая въ спеціальной литературѣ Kreationstheorie получаетъ весьма широкое признаніе въ общегражданскомъ правѣ, для котораго цѣнныя бумаги—суть вещи, подлежащія продажѣ [27]).

Можно здѣсь же указать еще одинъ случай односторонняго обѣщанія, не создающій, правда, иска, а лишь извѣстную юридическую связанность. Это—предложеніе совершить договоръ, еще не принятое другимъ контрагентомъ, и потому не превратившееся въ двустороннюю сдѣлку [28]). Здѣсь мы касаемся вопроса о сдѣлкахъ между отсут-

---

[23]) Riesser. Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen (1894), стр. 40 — 41. Гражданское уложеніе не предусматриваетъ, однако, принятыхъ въ торговомъ оборотѣ устныхъ приказовъ. Ср. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 327.

[24]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 175. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. III (1899), стр. 258 слл.

[25]) Герм. гражд. уложеніе, § 657. Проектъ русскаго обязат. права, ст. 1045.

[26]) Швейц. союзн. законъ, §§ 720 слл. (вексель), 858 (другія приказныя бумаги и бумаги на предъявителя). Герм. гражд. уложеніе, §§ 793 слл. (бумаги на предъявителя). Проектъ русскаго обязательственнаго права. Глава XIV (вексель), ст. 589 слл. (бумаги на предъявителя).

[27]) Новыя гражданскія уложенія идутъ такъ далеко, что считаютъ возможной продажу требованій, хотя бы они не были воплощены въ цѣнную бумагу. Герм. гражд. улож., § 433; русскій проектъ, ст. 186. Иначе герм. торговое улож. 1897 г., § 381, Abs. 1: правила для купли товаровъ примѣняются и къ покупкѣ цѣнныхъ бумагъ (но не къ пріобрѣтенію другихъ правъ). Denkschrift zu dem Entwurf (1897), стр. 244.

[28]) Можно здѣсь же упомянуть о § 337 HGB. 1861 г., въ силу котораго предложеніе купить, обращенное къ неопредѣленному лицу (вывѣшиваніе цѣнъ, образцовъ и т. д.) отнюдь не имѣло обязательнаго значенія для предложившаго. Новое уложеніе вычеркиваетъ этотъ §, заявляя тѣмъ самымъ, что вопросъ будетъ рѣшаться по обстоятельствамъ даннаго случая.

ствующими, до сихъ поръ считавшагося спеціально-торговымъ и, дѣйствительно, обязаннаго своимъ развитіемъ преимущественно торговому праву [29]). Результатомъ сближенія двухъ системъ является перенесеніе этого ученія въ гражданскіе кодексы—швейцарскій, германскій и русскій проектъ, заимствовавшихъ прежде всего правило о юридической связанности того, кто сдѣлалъ предложеніе совершить сдѣлку (§ 145 герм. гражд. улож., ср. Art. 318 HGB. 1861). Въ русскомъ проектѣ нѣтъ прямыхъ указаній, но и здѣсь не трудно вывести связанность предложенія изъ смысла ст. ст. 8, 9, 12 ч. 2. Моментъ прекращенія этой связанности, юридическое значеніе условнаго принятія предложенія—все это переходитъ изъ узкой сферы торговаго права въ общегражданскія уложенія [30]). Наконецъ, по примѣру Art. 54 Abs. 2 HGB. 1861, германское гражданское уложеніе въ § 153 постановляетъ, что признанію договора заключеннымъ не препятствуетъ послѣдовавшая до принятія смерть лица, сдѣлавшаго предложеніе—правило излишнее для обыденныхъ отношеній съ личнымъ по преимуществу характеромъ сдѣлокъ, но зато вполнѣ цѣлесообразное для профессіональнаго экономическаго оборота съ его стремленіемъ къ обособленію промышленнаго предпріятія отъ личности принципала. Только въ этомъ смыслѣ и можно желать введенія правила въ русскій проектъ.

Въ отмѣну Art. 321 HGB, по которому моментомъ совершенія договора считалось изъявленіе согласія на сдѣланное предложеніе, новое гражданское уложеніе выставляетъ общее правило въ § 130, что волеизъявленіе, направленное по адресу отсутствующаго, становится дѣйствительнымъ лишь въ тотъ моментъ, когда оно до него доходитъ. Но, по исключенію, договоръ считается заключеннымъ чрезъ принятіе предложенія безъ всякаго увѣдомленія объ этомъ принятіи, если таковаго увѣдомленія не предполагается по принятымъ обыкновеніямъ, или если отъ него впередъ отказался сдѣлавшій предложеніе (§ 151). Русскій проектъ въ ст. 12 воспроизводитъ ту же самую норму, измѣняя ее лишь въ томъ смыслѣ, что моментъ совершенія договора относитъ не къ принятію предложенія, а уже къ началу

---

[29]) Хотя уже въ Preuss. Landr. I, 5, §§ 90 — 103. D. Oesterr. G. B. § 862. Sächs. B. § 816 Das. Zür. G. B. § 905 и др.

[30]) Allg. Handelsgesetzbuch 1861, Art. 319, 320; герм. гражд. улож., §§ 147, 146, 130, 150, abs. 2. Ст. ст. 8, 9, 11 проекта.

исполненія, хотя, впрочемъ, въ объяснительной запискѣ авторы находятся въ согласіи съ германскимъ законодателемъ [31]).

Послѣ такого перенесенія правилъ изъ торговаго права въ гражданское, въ первомъ остается самое незначительное число исключеній, для которыхъ не трудно найти мѣсто и въ гражданскомъ кодексѣ. Если купцу, занимающемуся профессіонально совершеніемъ сдѣлокъ для другихъ, дается такое порученіе его постояннымъ корреспондентомъ, то купецъ обязанъ немедленно отвѣтить: его молчаніе считается за принятіе предложенія (§ 362 нов. торг. ул., Art. 323 HGB). При этомъ, въ случаѣ отклоненія предложенія, купецъ обязанъ позаботиться о сохранности присланныхъ вмѣстѣ съ предложеніемъ товаровъ, конечно, на счетъ отправителя.

Русскій проектъ даетъ аналогичное постановленіе въ ст. 508 (ученіе о довѣренности): „если лицо, занимающееся исполненіемъ чужихъ порученій по назначенію отъ правительства или въ видѣ промысла, или же публично предложившее свои услуги, немедленно не откажется отъ принятія порученія или не возвратитъ присланнаго ему вѣрющаго письма, то порученіе признается принятымъ“. И оно же повторяется въ ст. 550 проекта, посвященной лицамъ занимающимся исполненіемъ коммисіонныхъ порученій въ видѣ промысла или публично предложившаго свои услуги, причемъ тутъ только устанавливается обязанность сохраненія присланнаго (на коммисію) имущества, даже и въ случаѣ отказа отъ исполненія предложенія.

—

Несомнѣннымъ проявленіемъ формализма въ правѣ надо считать и товарищество, разъ за нимъ признается юридическая личность. Переходъ отъ societas къ товариществу, какъ самостоятельному субъекту, называютъ коммерціализированіемъ товарищескаго права, которое охватило всѣ законодательства, начиная съ французскаго [32]). Все различіе между товариществами гражданскими и торговыми въ томъ и сказалось, что товарищество подъ фирмой энергично и съ успѣхомъ устремилось къ юридической личности [33]). Это была конечная

---

[31]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 45.

[32]) Riesser. Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen (1894), стр. 63 сл.

[33]) Этотъ процессъ и вліяніе на него товариществъ торговаго права лучше всего выясненъ у проф. Н. Л. Дювернуа. Изъ курса лекцій по русскому гражданскому праву. Т. I, цит. изд. 2. СПБ. 1896, стр. 428 сл.

цѣль всего праворазвитія въ интересующей насъ области. На протяженіи болѣе или менѣе продолжительной исторіи выработывалась идея юридической личности торговыхъ товариществъ и почти на нашихъ глазахъ перенесена она была на товарищество гражданскаго права, не только тамъ, гдѣ нормы торговаго права вводятся въ гражданское уложеніе (Швейцарія, Россія), но и въ странѣ, гдѣ особое торговое уложеніе сохраняетъ самостоятельное значеніе (Германія). Въ первомъ германскомъ проектѣ, правда, нѣтъ и рѣчи о „товарищескомъ имуществѣ"—товарищество все еще только обязательственное отношеніе. Но послѣ энергичной критики проекта германистами, отстаивавшими, подъ прикрытіемъ національныхъ началъ, потребности оборота, вопросъ ставится на иную точку зрѣнія. И въ результатѣ получаются §§ 718 сл., по которымъ взносы товарищей составляютъ общее товарищеское имущество; товарищъ не въ правѣ распоряжаться своимъ вкладомъ, вошедшимъ въ товарищеское имущество и т. д. (ср. русск. пр. ст. 617, 636, 639, 641, 642, 643). Согласно съ Art. 105 HGB, по § 716 герм. улож. и ст. 624 русск. проекта, товарищъ, не участвующій въ веденіи дѣла, можетъ слѣдить за дѣлами товарищества, обозрѣвать книги и документы. По примѣру Art. 128 и 123 ч. 2 HGB, § 736 герм. гр. ул. и ст. 630 русск. проекта постановляютъ, что, если въ первоначальномъ договорѣ постановлено о продолженіи товарищества въ случаѣ отказа, смерти или несостоятельности одного изъ участниковъ, то, съ наступленіемъ одного изъ этихъ событій, товарищество прекращается только по отношенію къ данному товарищу. До извѣстной степени примыкая къ Art. 133 HGB, § 730 герм. уложенія и ст. 638 русск. проекта постановляютъ, что прекратившееся товарищество считается продленнымъ для окончанія товарищескихъ дѣлъ, причемъ оно можетъ даже вступать въ новыя сдѣлки.

Что же касается кодификацій, не знающихъ параллельнаго существованія спеціальной системы, то онѣ охватываютъ собой все товарищеское право. И такія формы, какъ товарищества полныя, на вѣрѣ и акціонерныя, считающіяся по германскому праву всегда торговыми, независимо отъ предмета предпріятія [34]), какъ и во Франціи акціонерныя [35]), введены въ швейцарскій законъ объ обязательствахъ и русскій проектъ обязательственнаго права.

---

[34]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898), стр. 35.

[35]) По закону 1 авг. 1893 г. Thaller. Traité élémentaire de droit commercial (1898), стр 124.

Сказаннаго совершенно достаточно для выясненія вліянія торговаго права на развитіе внутренняго формализма въ правѣ гражданскомъ [36]). Торговыя законодательства и литература, признавая всю важность формализма—для быстроты и обезпеченности оборота, въ то же время не доводили его до крайности, весьма осторожно и умѣло восполняя его индивидуализаціей отношеній первыхъ участниковъ сдѣлки. Можно быть увѣреннымъ, что гражданское право, вполнѣ оцѣнившее значеніе формализма, не оставитъ безъ вниманія и этой другой стороны дѣла, смягчающей послѣдствія строгаго принципа.

§ 8. Строгость исполненія.

Это послѣднее, приписываемое торговому праву, общее начало, на которомъ мы остановимся. Оно выработалось исторически, будучи обусловлено дальностью разстоянія, благодаря которому всякія взысканія пріурочивались въ средніе вѣка къ ярморкамъ, не высокимъ уровнемъ дѣловой честности, дававшимъ случай сеньерамъ ярмарокъ проявить вниманіе къ посѣтителямъ обезпеченностью взысканія. Конечно, строгость взысканія нужна для устойчивости всякаго оборота: но нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что эта строгость не всегда проводилась съ такой же ригоричностью въ оборотѣ общегражданскомъ, какъ въ отношеніяхъ торгово-промышленныхъ, между двумя профессіональными купцами. Но, въ настоящее время, при сближеніи

[36]) Здѣсь не перечисляются другіе, менѣе значительные примѣры формализма въ новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ, какъ, напр., понятіе предметовъ средняго качества (§ 81 швейц. зак. 1881 г., ст. 92 русск. проекта); понятіе „заботливаго хозяина“ (ст. 201 проекта) и т. д.; понятіе рыночной или биржевой цѣны (Art. 353. HGB. 1861; § 261 швейц. зак объ обязательствахъ; § 453 герм. гражд. улож.; ст. ст. 93, 117, 187, 188, 212. 222, 501, 555, 563, 797, 1082 русск. проекта. Это понятіе выработалось, конечно, въ торговлѣ, но почему авторы проекта продажу ст. 188 считаютъ „не обыкновенной, а торговой продажей“, не ясно: проектъ, повидимому, отказался отъ дѣленія сдѣлокъ на торговыя и неторговыя и ужъ во всякомъ случаѣ не долженъ былъ бы считать за торговую сдѣлку приказъ о высылкѣ товара, сдѣланный не-купцомъ (сдѣлки односторонне-торговыя, не „между торговцами“). См. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр 407. Съ точки зрѣнія объяснительной записки пришлось бы считать торговыми и нормы ст. ст. 197 и 198, а между тѣмъ—см. тамъ же, стр. 441—мѣстомъ сдачи товара является здѣсь „экономія помѣщика или хозяйственная осѣдлость и мѣсто жительства продавца“.

торговаго права съ гражданскимъ, и здѣсь отпадаютъ многія особенности торговаго права, то какъ излишнія вообще, то какъ пригодныя и для общаго оборота.

Законное обязательство должно быть исполнено—безъотговорочно, съ надлежащимъ вниманіемъ, въ условленномъ мѣстѣ и въ договоренное время—все это общія правила, на которыхъ мы остановимся лишь постолько, посколько на нихъ оказало вліяніе сближеніе торговаго права съ гражданскимъ.

Исполненіе должно быть учинено безъотговорочно. Вопросъ о возраженіяхъ когда-то очень рѣзко раздѣлялъ гражданское право съ его многочисленными экцепціями отъ торговаго. Но въ настоящее время ограниченіе возраженій, впервые и съ наибольшей строгостью проведенное въ торговомъ правѣ [1]), переходитъ и въ право гражданское, дѣлаясь, такимъ образомъ, общимъ правиломъ всего оборота [2]).

Подобное же сближеніе торговаго права съ гражданскимъ мы наблюдаемъ на случаяхъ полнаго отказа отъ исполненія по обязательству, изъ коихъ одни являются примѣромъ вліянія гражданскаго права на торговое, а другіе, напротивъ, являясь результатомъ по преимуществу торговоправового развитія, только теперь получаютъ признаніе въ гражданскомъ правѣ. Отмѣтимъ прежде всего пра-

---

[1]) См., напр., Allg. D. Handelsgesetzbuch 1861, Art. 6, 281, 284, 286, 289, 299.

[2]) См. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgurlichen Gesetzbuches. Bd. II (1396): стр. 16—о запрещеніи процентовъ, превосходящихъ капиталъ (ср. ст. 93 русскаго проекта); стр. 19 возраженія l. un. Cod., 7, 47—о дозволенномъ предѣлѣ требованія интереса (ср. § 252 герм. гр. улож., ст. 116 русск. проекта); стр. 278—о размѣрѣ неустойки (но: чрезмѣрная неустойка—§ 343 герм. гражд. улож., ст. 63 русскаго проекта, ср. § 348 нов. герм. торг. улож.), стр. 15 -16 объ anatocismus (хотя, какъ мы знаемъ, и по новому праву запрещается предварительное соглашеніе объ исчисленіи процентовъ на проценты—§ 248 герм. гражд. улож., ст. 358 русскаго проекта, ср. § 355 нов. герм. торг. улож.); стр 33—о beneficium competentiae и отсрочкѣ долга (ср. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 192—192); стр. 123—возраженіе о cessio in potentiorem; стр. 126—exc. legis Anastasianae; стр. 158 - 159—exc. divisionis (но допускается возраженіе поручителя—§ 171 герм. гражд. улож., ст. 1019 русскаго проекта. Иначе § 349 нов. германск. торг. улож.); стр. 311—exc. sc. Macedoniani; стр. 313—exc. non numeratae pecuniae при займѣ (но: ст. 361 русскаго проекта. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II 1899, стр. 180 слл.); стр. 321—exc. laesionis enormis; стр. 657—exc. sc. Vellejani (ср. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs 1897, стр. 21 слл.); стр. 392—352—restitutio in integrum; заявленіе о зачетѣ долга—по § 388 герм. гражд. улож. (Motive, II, 106 слл.) и ст. 155 русск. проекта съ предувѣдомленіемъ о зачетѣ, по § 138 швейц. зак. 1881 г. безъ предувѣдомленія для контокоррепто.

вило ст. 71 проекта, что „въ двустороннемъ договорѣ каждая сторона въ правѣ отказаться отъ исполненія, если другая сторона не исполняетъ лежащаго на ней обязательства, развѣ бы эта послѣдняя въ силу договора имѣла право исполнить свое обязательство впослѣдствіи. Неисполненіе обязательства одною стороною лишь въ незначительной части не даетъ другой сторонѣ права отказаться...“ (швейцарскій законъ § 95, герм. гражд. уложеніе § 320). [3]) Это правило (т. н. exceptio non adimpleti contractus), конечно, не ново, но за то ново дальнѣйшее развитіе его въ § 321 германскаго гражданскаго уложенія. Въ силу этого параграфа сторона, обязанная по двустороннему договору учинить исполненіе первой, можетъ отказаться отъ исполненія впредь до учиненія встрѣчнаго исполненія или до представленія обезпеченія, если послѣ заключенія договора имущественное положеніе другого контрагента существенно ухудшилось, благодаря чему это вторичное исполненіе подвергается риску. Однако не сразу принято это правило, сначала имѣвшее въ виду лишь случай займа (первый проектъ), и только подъ вліяніемъ критики обобщенное во второмъ проектѣ. Оно не встрѣтило одобренія со стороны авторовъ русскаго проекта, ограничившихся частичнымъ случаемъ его примѣненія, именно, къ предварительному договору о займѣ. [4]) По ст. 362 проекта „обязательство дать въ заемъ, установленное въ предварительномъ договорѣ, теряетъ силу, если впослѣдствіи наступили или впервые сдѣлались извѣстными лицу, обязавшемуся дать въ заемъ, обстоятельства, столь значительно ухудшающія имущественное положеніе другой стороны, что возникаетъ опасность потерять всю сумму, предназначенную къ отдачѣ въ заемъ, или часть ея“ (герм. гражд. улож. § 610; швейц. законъ § 332 — требуется наступленіе несостоятельности).

Еще болѣе интересный случай отказа въ исполненіи представляетъ т. н. право удержанія (jus retentionis) [5]) — институтъ, получившій особенное развитіе въ торговомъ правѣ (герм. торгов. улож. 1861 Art. 313—316, новое торг. улож. §§ 369—372), впервые обобщенный

---

[3]) Для договора продажи ст. 199 проекта: „продавецъ не обязанъ до полученія покупной цѣны передать покупщику проданное имущество, развѣ бы продажа была совершена въ долгъ или дана была отсрочка въ платежѣ“.

[4]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 192 сл.

[5]) Endemann въ Endemann's Handbuch des Deutschen Handels-See- und Wechselrechts. II Bd. (1882), стр. 92 сл., 98 сл.

швейцарскимъ союзнымъ закономъ объ обязательствахъ (§ 224 ч. 1), а теперь принятый и русскимъ проектомъ. Подъ jus retentionis (въ болѣе тѣсномъ смыслѣ[6]) разумѣется право удержать подлежащій передачѣ на основаніи договора предметъ—въ обезпеченіе сдѣланныхъ на него издержекъ или понесенныхъ чрезъ него убытковъ (ст. 104 русск. проекта и § 273 ч. 2 герм. гражданск. улож.).

Условіями осуществленія jus retentionis, предполагающаго всегда добросовѣстность, являются держаніе предмета, полученнаго дозволеннымъ путемъ, и извѣстное соотношеніе между двумя обязательствами (Konnexität). Въ отличіе отъ этого—jus retentionis торговаго права, а тамъ, гдѣ нѣтъ особаго торговаго права, jus retentionis въ области профессіональной экономической дѣятельности требуетъ, чтобы оба контрагента были торговцами (ст. 105 русск. пр. § 369 герм. торг. ул.), и чтобы требованія возникли изъ ихъ дѣловыхъ сношеній (ст. 105 русск. проекта; изъ двусторонней торговой сдѣлки по § 369 герм. торг. улож.; изъ торговыхъ отношеній по § 224 швейц. закона). Связи между обязательствами, давшими поводъ къ праву удержанія (ст. 105 русск. проекта § 224 швейц. закона), для купеческаго права удержанія не требуется. Предметами удержанія въ торговомъ правѣ могутъ быть лишь вещи и цѣнныя бумаги, такъ что купеческое jus retentionis даже въ Германіи понимается въ тѣсномъ смыслѣ слова, какъ удержаніе предметовъ.

Всѣ эти признаки имѣются въ ст. 105 проекта: „между торговцами право удержанія распространяется на товары и процентныя и иныя цѣнныя бумаги въ обезпеченіе всякаго рода требованій, срокъ коимъ наступилъ, хотя бы они не имѣли отношенія къ удерживаемому имуществу, если требованіе вѣрителя и нахожденіе въ его распоряженіи товаровъ и означенныхъ бумагъ должника вытекаетъ изъ ихъ дѣловыхъ сношеній“. Но купеческое „право удержанія допускается въ обезпеченіе и такихъ требованій, срокъ коимъ еще не

---

[6]) Въ германскомъ уложеніи близко къ этому стоитъ § 273, ч. I, по которому—если должникъ имѣетъ противъ вѣрителя годное требованіе, покоющееся на томъ же правоотношеніи, что и его обязанность, то онъ можетъ—если не договорено иначе—отказывать въ исполненіи до тѣхъ поръ, пока не будетъ выполнено слѣдующее ему удовлетвореніе (Zurückbehaltungsrecht). Взаимоотношеніе между §§ 320 и 273 пытаются выяснить Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. B. II (1896), стр. 42–43. § 273 говоритъ о jus retentionis, которое можно назвать правомъ удержанія въ широкомъ смыслѣ слова, и назначеніе каковаго трудно понять въ виду существованія § 320 или ст. 71 русск. проекта.

наступилъ, если должникъ объявленъ несостоятельнымъ, или, если, обращенное на имущество должника взысканіе, оказалось безуспѣшнымъ, т. е. если послѣ продажи имущества должника обнаружится, что вѣритель не получилъ удовлетворенія по своему требованію, или, если должникъ заявитъ на судѣ, что у него нѣтъ имущества для удовлетворенія взысканія" (ст. 105 ч. 2 проекта, § 370 герм. торг. улож., § 226 швейц. закона).

Обращаясь къ слѣдствіямъ jus retentionis, прежде всего надо сказать, что оно есть лишь личное, а отнюдь не вещное право, въ силу котораго можно было бы оспаривать у третьяго владѣніе вещью.

Поэтому, въ виду третьяго лица, имѣющаго вещное право на удерживаемую вещь, возможно осуществить jus retentionis только въ томъ случаѣ, если противъ такого третьяго лица возможно противопоставить возраженія, касающіяся личности должника (§ 369 ч. 2 герм. торг. улож.). Таковъ, напр., случай, когда должникъ, уже при существованіи jus retentionis, передалъ вещь въ собственность или заложилъ ее.

Торговое jus retentionis, въ отличіе отъ общегражданскаго, даетъ право удовлетворить претензію изъ стоимости удерживаемой вещи послѣ извѣщенія о томъ должника и выжиданія недѣльнаго срока (§ 371 ч. 2 герм. торг. улож.). А затѣмъ уже какъ для торговаго, такъ и для гражданскаго jus retentionis существуетъ привилегія, въ силу которой, напр., по ст. 107 русск. проекта, „удерживающій чужое имущество, согласно ст. 104—106, пользуется правомъ преимущественнаго удовлетворенія передъ вѣрителями собственника имущества, обратившими на оное взысканіе" (§ 371 ч. 1 герм. торг. улож., § 228 швейц. закона). Jus retentionis можетъ быть предупреждено прямымъ приказомъ, сопровождающимъ передачу вещи или обязательствомъ лица — распорядиться вещью опредѣленнымъ образомъ (ст. 106 русск. проекта, ср. выше стр. 129; § 369, § 370 герм. торг. улож., § 225—226 швейц. закона). Уже начавшееся осуществленіе jus retentionis прекращается, если будетъ представлено обезпеченіе (§ 369 ч. 4 герм. торг. улож., ст. 104 русск. проекта).

Всѣ эти ограниченія jus retentionis въ связи съ строгой отвѣтственностью лица, неправомѣрно удерживающаго чужія вещи, въ достаточной степени гарантируютъ противъ примѣненія права удержанія въ случаѣ неосновательныхъ претензій.

Исполненіе обязательства должно быть выполнено съ достаточной степенью вниманія. По германскому уложенію 1861 отвѣтственность была одинакова во всѣхъ случаяхъ и даже тогда, когда по гражданскому праву должникъ отвѣчаетъ лишь за грубую неосторожность. Напротивъ того, торговое уложеніе 1897 въ § 347, говоря о заботливости обыкновеннаго купца, какъ средней мѣркѣ внимательности при исполненіи обязательствъ, дѣлаетъ оговорку, что предписанія гражданскаго уложенія, устанавливающія въ извѣстныхъ случаяхъ отвѣтственность лишь за грубую неосторожность, имѣютъ значеніе и въ торговыхъ сдѣлкахъ. По общей же нормѣ герм. гражд. права (§ 276): „поскольку не предусмотрѣно другое, должникъ отвѣчаетъ за умыселъ и небрежность. Дѣйствуетъ небрежно тотъ, кто пренебрегаетъ обычною въ оборотѣ заботливостью". И это вниманіе должны обнаруживать какъ принципалъ, такъ и его помощники, слуги, что было признано торговымъ правомъ въ отдѣльныхъ случаяхъ (напр., Art. 400 HGB. 1861), а теперь дѣлается общимъ правиломъ для всего гражданскаго оборота: должникъ отвѣчаетъ за своихъ повѣренныхъ, служащихъ, рабочихъ и другихъ лицъ, участвующихъ по его порученію въ исполненіи обязательства (ст. 114 русск. проекта)[7]).

Исполненіе должно быть произведено въ надлежащемъ мѣстѣ — по общему правилу въ мѣстѣ жительства должника или въ мѣстѣ нахожденія его торговопромышленнаго заведенія. Послѣдняя оговорка не сдѣлана въ ст. 82 проекта, каковой недостатокъ мы уже отмѣтили на 135 стр. (ср. § Art. 324 HGB. 1861, § 84 швейц. зак., § 269 герм. гражд. уложенія). Исключеніе для денежныхъ долговъ, платимыхъ въ мѣстѣ жительства кредитора, перешло въ право швейцарское (§ 84), германское (§ 270) и русское (ст. 82) изъ § 707 саксонскаго уложенія и Art. 325 HGB. (1861). Новое германское торговое уложеніе не воспроизводитъ Art. 325 HGB. (1861), не смотря на то, что гражданское уложеніе внесло въ него нѣкоторыя измѣненія: оно не упоминаетъ объ ордерныхъ и предъявительныхъ бумагахъ, которыя по Art. 325 исключались изъ Bringschulden,—потому что это исключеніе само собой разумѣется; оно назначаетъ для платежа денежнаго долга не мѣсто жительства или заведенія, какое кредиторъ имѣлъ во время заключенія договора, а какое онъ имѣетъ

---

[7]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. B. II (1896), стр. 29. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1894), стр. 256 сл.

ко времени платежа. Эта перемѣна вполнѣ цѣлесообразна, и желательно было бы ввести соотвѣтствующее поясненіе и въ ст. 82 проекта.

Здѣсь же можно отмѣтить вопросъ о переходѣ риска проданной вещи, когда она, по требованію покупщика, пересылается не въ мѣсто, назначенное по договору для исполненія. Моментомъ перехода риска считается въ этомъ случаѣ[8]) сдача товара экспедитору и перевозчику. Это правило выработано торговымъ правомъ[9]), а теперь дѣлается достояніемъ всего оборота (§ 447 герм. гражд. уложенія и ст. 227 русск. проекта).

Исполненіе должно быть своевременно. Изъ общаго ученія о срокахъ исполненія обязательствъ отмѣтимъ немногое.

По примѣру Art. 326 торговаго уложенія 1861 швейцарскій законъ въ § 86, германское гражданское уложеніе въ § 271 и русскій проектъ въ ст. 84 установливаютъ правило, что если срокъ исполненія обязательства не опредѣленъ, то и требованіе, и исполненіе можетъ быть предъявлено и учинено въ каждую минуту и немедленно. Но затѣмъ это правило Art. 326 получаетъ въ новыхъ уложеніяхъ и дальнѣйшее развитіе въ томъ смыслѣ, что должникъ въ правѣ исполнить обязательство до срока, если изъ договора не вытекаетъ, что срокъ назначенъ въ пользу вѣрителя (ст. 87 проекта: § 271 герм. гражд. уложенія). Рядъ нормъ прежняго торговаго уложенія, относящійся къ порядку опредѣленія и вычисленія сроковъ (Art. 326—344) переносится въ германское гражданское уложеніе (§§ 187, 188, 193, 271), а въ новомъ торговомъ уложеніи сохраняется въ качествѣ особенныхъ § 358, по которому исполненіе по торговымъ сдѣлкамъ можетъ быть осуществлено и требуемо лишь въ обычное дѣловое время, и § 359, въ силу котораго: если въ качествѣ времени исполненія назначена весна или осень или какой-либо подобный моментъ, то при сомнѣніи рѣшаетъ обычай мѣсто исполненія. Если договоренъ

---

[8]) Продавецъ несетъ рискъ за гибель вещи до передачи (ст. 226 проекта), каковая совершается врученіемъ имущества. А передача товара можетъ быть совершена врученіемъ покупщику накладной, коносамента, складочнаго свидѣтельства или другого документа, дающаго покупщику возможность распорядиться товаромъ (ст. 194)—норма, выработанная въ торговомъ правѣ, но, очевидно, примѣнимая и къ не-купцамъ.

[9]) Motiwe zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II (1896), стр. 327.

срокъ въ восемь дней, то при сомнѣніи подъ этимъ разумѣются полные восемь дней, а не недѣля.

Первый изъ указанныхъ параграфовъ имѣетъ свой смыслъ, и его слѣдовало бы ввести въ русское гражданское уложеніе. Но почему остается въ качествѣ торговоправовой нормы § 359, этого понять, конечно, нельзя [10]).

Неисполненіе обязательства въ срокъ создаетъ понятіе просрочки, въ ученіи о которой новыя гражданскія уложенія вносятъ не мало новостей, важнѣйшей изъ которыхъ является право отступленія отъ договора, исполненіе по которому просрочено. Кредиторъ можетъ, въ случаѣ просрочки должника (продавца), назначить ему дополнительный срокъ для исполненія обязательства (§ 326 герм. гр. ул., ст. 131 русск. пр.), по истеченіи каковаго вѣритель въ правѣ отступить отъ договора [11]). Какъ частный случай, прямо указанный герм. гражд. улож. (§ 636), подрядъ объясняетъ намъ и мотивы правила § 326 или ст. 131. Само собой разумѣется, что оно имѣетъ въ виду не однихъ только мелкихъ ремесленниковъ, имѣющихъ пострадать отъ богатыхъ заказчиковъ, но и малосильныхъ заказчиковъ, не имѣющихъ средствъ борьбы съ произволомъ крупныхъ предпріятій, обширныхъ мастерскихъ и фабрикъ. Строгость этого правила заключается въ требованіи осмотрительности при назначеніи срока выполненія работы. И если прибавить къ этому обязанность заказчика—назначать дополнительные сроки, размѣръ коихъ будетъ контролироваться, въ случаѣ надобности, судомъ, то окажется, что правило ст. 131 и § 326 не можетъ вызвать возраженій.

Но „если исполненіе обязательства послѣ наступленія срока не имѣетъ никакого значенія для вѣрителя за невозможностью достиженія той цѣли, ради которой договоръ былъ заключенъ, то, въ случаѣ просрочки должника, вѣритель въ правѣ отказаться отъ договора и требовать возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ вслѣдствіе неисполненія договора“ (ст. 132 проекта; § 286 герм. гражд. уложенія: § 125 швейц. закон.).

---

[10]) Попытки объясненія въ Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 216. Ср. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1897), стр. 148.

[11]) Если исполненіе обязательства послѣ срока не представляетъ для вѣрителя никакого интереса, то отступленіе наступаетъ безъ предувѣдомленія. Ст. 132 русскаго проекта, § 326, ч. 2, герм. улож.

Крупной новостью гражданскаго права являются и срочныя сдѣлки, въ которыхъ право отступленія отъ договора не обусловлено ничѣмъ, кромѣ наступленія срока.

Торговое уложеніе 1861 г. предусматриваетъ въ Art. 357 срочную куплю-продажу, предоставляющую сторонамъ право, въ случаѣ просрочки, отступиться отъ договора и—продавцу продать товары за счетъ покупщика, а покупщику—требовать съ неисправнаго продавца убытки (разницу между рыночной или биржевой цѣной дня поставки и договоренной). Въ швейцарскомъ законѣ (§ 123), германскомъ гражданскомъ уложеніи (§ 361), наконецъ, въ русскомъ проектѣ частный случай срочной сдѣлки обобщается, распространяясь на всякіе договоры. Такъ, напр., по ст. 133 проекта: „если обязательство, согласно договору, должно быть исполнено непремѣнно къ точно опредѣленному сроку, то несоблюденіе должникомъ этого срока даетъ право вѣрителю отказаться отъ договора и требовать возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ вслѣдствіе неисполненія договора, или требовать исполненія и возмѣщенія убытковъ. Вѣритель, предпочитающій требовать исполненія договора, обязанъ заявить объ этомъ должнику немедленно по наступленіи срока“. Частный случай срочныхъ сдѣлокъ представляетъ продажа товаровъ и цѣнныхъ бумагъ по ст. 200 (и 222) проекта [12]), которыя можно было и опустить, исключая мѣста, относящагося къ способу опредѣленія убытковъ.

Заимствованная изъ торговаго права срочная сдѣлка—довольно рѣшительное средство, но она устанавливается по обоюдному согласію сторонъ и имѣетъ въ виду такіе случаи, когда сдѣлка впередъ и обоими контрагентами признается утрачивающей, по истеченіи срока, всякій интересъ. Это сильное орудіе кредиторъ покупаетъ, очевидно, особо-дорогой цѣной, которая и уравниваетъ положеніе контрагентовъ. Этимъ оправдываются срочныя сдѣлки, а общей потребностью объясняется перенесеніе ихъ въ гражданское уложеніе.

Таковъ одинъ рядъ послѣдствій несвоевременнаго исполненія обязательства въ томъ или иномъ его моментѣ. Но это не все, въ чемъ проявилось вліяніе торговаго права на гражданское. Мы оста-

[12]) Герм. торгов. улож. 1861 г. говоритъ о продажѣ товаровъ, Art. 357; швейцарскій законъ объ обязат. § 234 - о „торговыхъ сдѣлкахъ“ на опредѣленный срокъ; герм. гражд. улож. § 361—объ исполненіи по двустороннему договору на опредѣленный срокъ; герм. торг. улож. 1897 г., § 376—объ исполненіи, направленномъ на товаръ.

повимся въ частности на просрочкѣ покупщика[13]) въ принятіи вещи, и именно на томъ моментѣ принятія, которымъ погашаются претензіи покупщика къ продавцу или, что то же, въ которомъ (моментѣ) одобряется купленный товаръ.

Въ Art. 347 германскаго торговаго уложенія 1861 устанавливается обязанность для покупщика—немедленно, по полученіи товара, пересланнаго изъ другого мѣста, насколько это возможно при обыкновенномъ ходѣ дѣлъ, осмотрѣть таковой и, если онъ окажется несоотвѣтствующимъ условіямъ договора или требованіямъ закона, тотчасъ же увѣдомить о томъ продавца. Если покупщикъ не исполнитъ этой обязанности, то товаръ считается одобреннымъ, развѣ онъ имѣлъ недостатки, которые не могли быть обнаружены посредствомъ немедленнаго осмотра, произведеннаго при обыкновенномъ ходѣ дѣлъ. Если такіе недостатки обнаружатся впослѣдствіи, то увѣдомленіе должно быть сдѣлано немедленно по обнаруженіи[14]). Эта теорія явныхъ и скрытыхъ недостатковъ, разработанная торговымъ правомъ, настолько естественна и цѣлесообразна, что не могла остаться безъ вліянія на право гражданское. Впервые она обобщена была, т. е. распространена на всякаго „покупателя", который обязанъ,—лишь только, при обычномъ ходѣ дѣлъ, представляется къ тому возможность,—удостовѣриться въ состояніи полученной вещи, въ швейцарскомъ союзномъ законѣ объ обязательствахъ (§ 246). Однако, авторы германскаго гражданскаго уложенія не нашли возможнымъ ввести эти правила торговаго права въ общій кодексъ. Они ограничились § 464, въ силу котораго, если покупатель принимаетъ вещь съ недостатками, зная о нихъ, то онъ можетъ воспользоваться предоставленными ему въ §§ 462, 463 притязаніями лишь въ томъ случаѣ, если при принятіи

---

[13]) Можно лишь отмѣтить послѣдствія промедленія покупщика въ выборѣ вещи, если по условію продается одна вещь изъ многихъ. Вообще говоря, вопросъ этотъ рѣшается т. о., что право выбора отъ промедлившаго покупщика переходитъ на продавца. Рѣшеніе справедливое и пригодное для всего оборота. Въ Германіи оно и принято какъ въ торговомъ уложеніи, такъ и въ гражданскомъ, съ той лишь разницей, что въ гражданскомъ оборотѣ осуществленію выбора продавцомъ предшествуетъ назначеніе для неаккуратнаго покупщика соразмѣрнаго срока. § 375 нов. торгов. улож. и § 264 герм. гражд. улож. Проектъ не имѣетъ особаго постановленія на этотъ случай, и предполагается при промедленіи кредитора предоставлять должнику тѣ права, какія принадлежатъ ему въ силу просрочки. Ср. ст. 91 и Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 198—199. Ср. ст. 131.

[14]) Германское торговое уложеніе въ переводѣ Л. Л. Брейтфуса. СПБ. 1889.

вещи онъ оставилъ за собой права требованія по поводу недостатковъ ея. Изъ смысла статьи можно заключить, что если такого молчаливаго согласія на принятіе вещи съ недостатками не было, то за покупщикомъ сохраняется право заявить о нихъ впослѣдствіи. Нельзя не признать нѣкоторой неопредѣленности рѣшенія этого вопроса въ германскомъ гражданскомъ уложеніи. Самую основную мысль § 464 можно вывести лишь при помощи теоріи, развитой въ Art. 347 Handelsgesetzbuch 1861. Не удивительно, что авторы новаго торговаго уложенія признали нормы гражданскаго уложенія недостаточными и создали особый § 377 (§ 369 проекта)[15]), который совпадаетъ съ Art. 347 торговаго уложенія 1861, за исключеніемъ, однако, двухъ пунктовъ. Правило Art. 347 уложенія 1861 г., имѣющее въ виду лишь сдѣлки на разстояніе (Distanzgeschäfte), распространяется въ § 377 новаго уложенія на сдѣлки, въ которыхъ стороны не раздѣлены разстояніемъ (Platzgeschäfte). Это расширеніе сферы дѣйствія правила о немедленномъ осмотрѣ оправдывается вторымъ измѣненіемъ, внесеннымъ въ торговое право, заключающимся въ томъ, что дѣйствіе § 377 ограничено двусторонними торговыми сдѣлками.

Посмотримъ теперь, какъ воспользовались этой столь разработанной теоріей германскаго права авторы русскаго проекта. Они даютъ двѣ статьи—210 и 211, изъ коихъ первая имѣетъ въ виду принятіе покупщикомъ проданнаго движимаго имущества (непосредственно отъ продавца), а вторая разсчитана на тотъ случай, „если проданный товаръ высланъ непосредственно покупщику“ или, какъ поясняется въ мотивахъ, „ст. 211 проекта содержитъ въ себѣ примѣненіе правилъ, изложенныхъ въ предыдущей (210) статьѣ, къ продажѣ товаровъ, высылаемыхъ въ мѣсто болѣе или менѣе отдаленное“ [16]). Повидимому, авторы думали различить въ этихъ статьяхъ случаи Platzgeschäfte и Distanzgeschäfte. Къ сожалѣнію, они затемнили это свое намѣреніе, заговоривъ въ ст. 211 уже не о движимомъ имуществѣ, а о товарѣ, какъ бы предполагая ограничить дѣйствіе статьи 211 торговой продажей [17]). Во всякомъ случаѣ изъ приведеннаго мѣста объяснительной записки не ясно, придается ли

---

[15]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 240.

[16]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1889), стр. 463

[17]) Ср Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 407—къ ст. 188.

главное значеніе слову „товаръ“, или тому, что предметъ продажи „высылается въ мѣсто болѣе или менѣе отдаленное“. И если авторы въ статьѣ 211 пользуются словомъ товаръ не безъ умысла и имѣютъ въ виду „не обыкновенную, а торговую продажу“, то является вопросъ: нужна ли для примѣненія этой статьи двусторонняя торговая сдѣлка, или подходитъ подъ дѣйствіе ея и односторонняя торговая продажа? Другими словами, немедленный осмотръ присланнаго изъ другого мѣста товара обязателенъ ли для покупателя не-купца? А если обязателенъ и для не-купца, то какая нужда въ ст. 211? Затѣмъ, требуетъ ли ст. 211 абсолютно немедленнаго осмотра присланнаго товара, или и здѣсь имѣлась въ виду просто забытая оговорка „при обыкновенномъ способѣ пріема“? Ст. 211 вызываетъ еще одно сомнѣніе, вытекающее изъ недостатковъ редакціи. А именно, она забываетъ различить, что сдѣлано въ ст. 210, недостатки явные и скрытые, и даетъ поводъ думать, что при „продажѣ товаровъ, высылаемыхъ въ мѣсто болѣе или менѣе отдаленное“, покупщикъ не можетъ ссылаться на недостатки, „которые не могутъ быть усмотрѣны при обыкновенномъ способѣ пріема или были умышленно скрыты продавцомъ“. Лишь изъ объясненій къ ст. 211 можно догадываться, что здѣсь имѣются въ виду и явные, и скрытые недостатки. Но, по поводу этого мѣста объяснительной записки, начинаются новыя сомнѣнія. Въ заключеніи къ объясненію ст. 211 (стр. 464) читаемъ: „крайній срокъ для предъявленія возраженій по поводу скрытыхъ недостатковъ означенъ въ ст. 217 проекта“ (а предъ этимъ все время говорилось объ осмотрѣ и заявленіи продавцу „отказа отъ принятія“). Въ этой 217 ст. значится, что „требованія по поводу недостатковъ проданнаго имущества могутъ быть предъявлены покупщикомъ... при продажѣ движимаго имущества—лишь въ теченіе шести мѣсяцевъ со дня передачи имущества, развѣ бы продавецъ былъ виновенъ въ обманѣ“. Такимъ образомъ, въ ст. 217 уже не находимъ указаній на то, чтобы краткая давность установлена была только для скрытыхъ недостатковъ, да и терминъ „возраженія“ подмѣняется „требованіемъ“. И если принять во вниманіе мѣсто, занимаемое ст. 217, то станетъ очевиднымъ, что она относится къ требованіямъ, опредѣленно обозначеннымъ въ ст. 213, гласящей о правѣ требовать или отмѣны договора, или соотвѣтствующаго уменьшенія покупной цѣны. А если продавецъ предъявляетъ искъ о покупной цѣнѣ, можетъ ли покупщикъ возразить о недостаткахъ купленной

вещи, чтобы воспользоваться правами ст. 213? И если да, то погашается ли его право возраженія краткой давностью ст. 217?

А затѣмъ возникаетъ и еще вопросъ: въ какомъ отношеніи находится краткая давность для предъявленія требованій о недостаткахъ къ обязанности немедленнаго осмотра купленной вещи? Въ объясненіяхъ къ ст. 217 [18]) авторы говорятъ, что шестимѣсячный срокъ назначается, „считая со дня передачи имущества покупщику, причемъ этотъ краткій срокъ для заявленія споровъ (и возраженій?) не отмѣняетъ указанной въ статьяхъ 210 и 211 проекта обязанности покупщика сообщить продавцу о замѣченныхъ недостаткахъ проданнаго имущества немедленно по ихъ обнаруженіи".

Чтобы избѣжать всѣхъ этихъ неясностей, слѣдовало бы выяснить нѣкоторые основные пункты, касающіеся нашего вопроса. И, какъ кажется, было бы вполнѣ справедливо и цѣлесообразно, во первыхъ, уничтожить на этотъ разъ всякое различіе между Platzgeschäfte и Distanzgeschäfte [19]), не могущее оказать никакого вліянія на обязанности покупщика, кромѣ чисто фактической разницы между пониманіемъ „немедленно" въ одномъ и другомъ случаѣ. Во вторыхъ, было бы также справедливо и цѣлесообразно—обязанность немедленнаго осмотра для обнаруженія явныхъ недостатковъ и заявленія о нихъ, а равно и обязанность заявленія о скрытыхъ недостаткахъ немедленно послѣ ихъ обнаруженія—установить не только для продажъ двусторонне-торговыхъ [20]) или двусторонне и односторонне-торговыхъ [21]), а для всѣхъ сдѣлокъ продажи, безъ какого-либо различія между торговыми и не торговыми. Ни за купцомъ, ни за обыкновеннымъ гражданиномъ нельзя признать права безпечно оставлять въ неопредѣленности продавца, будь онъ купецъ или не купецъ. Правда, отъ профессіональнаго купца-покупщика мы въ правѣ требовать гораздо большей дѣловой осторожности и внимательности, и съ этой точки зрѣнія судья долженъ отличить купца отъ обыкновеннаго покупателя. Но для такого права судьи вполнѣ достаточно поясненія выраженія „немедленно" оговоркой „при обыкновенномъ ходѣ дѣла".

---

[18]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. 472.

[19]) Какъ то и сдѣлало Handelgesetzbuch 1897 г. въ § 377 и Bürgerliche Gesetzbuch 1896 г. въ § 464.

[20]) Какъ дѣлаетъ Handelsgesetzbuch 1897 г. въ § 377.

[21]) Какъ дѣлаетъ Allg. Handelsgesetzbuch 1897 г. въ § 347. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 240.

Очевидно, что обыкновенный ходъ торговаго дѣла будетъ иной, чѣмъ обыкновенный же ходъ домашняго хозяйства. Это въ третьихъ. Въ четвертыхъ, для исковъ изъ недостатковъ купленной вещи, въ интересахъ устойчивости и опредѣленности оборота, должна быть установлена особая краткая давность, напр.. въ шесть мѣсяцевъ, которую, вообще говоря, нельзя смѣшивать съ предѣльнымъ срокомъ для періода, въ теченіе котораго возможно обнаруженіе скрытыхъ недостатковъ [22]). Предѣльный срокъ есть условіе для заявленія покупщикомъ о недостаткахъ, тогда какъ давность создаетъ лишь возраженіе для продавца. Очевидно, далѣе, что обстоятельства, прерывающія или пріостанавливающія давность, не имѣютъ никакого значенія для предѣльнаго срока. Но, въ виду незначительности результатовъ такого разграниченія двухъ понятій, для простоты ихъ можно и не различать: установленіе краткой давности для исковъ изъ недостатковъ, напр., въ шесть мѣсяцевъ, почти вполнѣ замѣняетъ собой предѣльный срокъ. Такъ и поступаетъ германское гражданское уложеніе въ § 477, замѣняющемъ для всего оборота Art. 349 прежняго торговаго уложенія, гдѣ указанное различіе не проведено. Въ пятыхъ, означенная шестимѣсячная давность, установленная для исковъ объ отмѣнѣ договора или уменьшеніи цѣны, не должна примѣняться къ возраженіямъ, направленнымъ покупщикомъ противъ продавца, требующаго уплаты цѣны. Это справедливое правило принято въ § 478 герм. гражд. уложенія.

На основаніи этихъ общихъ положеній можно было бы, какъ кажется, измѣнить ст. 211—212 и 217 проекта такимъ образомъ. Ст. 211—212 могла бы гласить: переданное или присланное движимое имущество считается принятымъ, если покупщикъ не заявилъ продавцу о недостаткахъ, насколько то возможно при обычномъ ходѣ дѣлъ, немедленно послѣ сдачи ему имущества или, что касается скрытыхъ недостатковъ, немедленно послѣ обнаруженія ихъ. А ст. 213 могла бы получить такую редакцію: обнаруженные въ проданномъ имуществѣ и своевременно заявленные недостатки даютъ покупщику право требовать и т. д. Ст. 217 должна быть дополнена оговоркой, что возраженія изъ своевременно заявленныхъ недостат-

---

[22]) Право обнаруженія недостатковъ явныхъ (и немедленнаго послѣ того о нихъ заявленія) погашается съ принятіемъ купленнаго предмета — это моментъ достаточно опредѣленный.

ковъ, направленныя противъ иска объ уплатѣ покупной цѣны, не подпадаютъ подъ означенную краткую давность.

Въ заключеніе остановимся коротко еще на двухъ-трехъ вопросахъ, относящихся къ исполненію обязательствъ.

Что касается просрочки вѣрителя (и покупщика), то она, по ст. 108 проекта, создаетъ для должника право просить судъ о разрѣшеніи сдать слѣдующее вѣрителю имущество на храненіе—деньги, процентныя и иныя цѣнныя бумаги, благородные металлы, драгоцѣнные камни и всякаго рода документы—въ губернскія или уѣздныя казначейства, а вещи, не подлежащія внесенію въ казначейство, а также недвижимыя имущества, сдаются назначенному судомъ хранителю или временному управителю. Проектъ (ст. 109) предоставляетъ должнику взять обратно не потребованное кредиторомъ имущество, хотя бы со времени внесенія имущества на храненіе протекло болѣе десяти лѣтъ, но какой срокъ дается вѣрителю для требованія положеннаго имущества, статья не даетъ на этотъ счетъ указаній (ср. § 382 герм. гражд. улож.—тридцатилѣтній срокъ). Если же предметъ обязательства состоитъ въ доставленіи движимыхъ вещей, подверженныхъ скорой порчѣ, или требующихъ несоразмѣрныхъ издержекъ на храненіе, то должникъ имѣетъ право просить судъ о продажѣ этихъ вещей съ публичнаго торга, съ тѣмъ, чтобы вырученныя деньги внесены были въ казначейство въ депозитъ суда (ст. 111 проекта). А если предметы имѣютъ рыночную или биржевую цѣну, то нужна ли здѣсь процедура продажи съ публичнаго торга (ср. герм. гражд. улож. § 385—продаютъ по вольной цѣнѣ чрезъ маклера или аукціониста)? Слѣдовало бы, вслѣдъ за ст. 111, помѣстить ст. 223, которая, въ виду этого, могла быть значительно сокращена и дала бы отвѣтъ на поставленный вопросъ [23]). Въ связи съ разбираемымъ вопросомъ стоитъ и ст. 201 проекта, въ силу которой „продавецъ, доколѣ не послѣдовало просрочки со стороны покупщика въ принятіи проданнаго имущества, обязанъ сохранять оное съ осмотрительностью заботливаго хозяина“. А послѣ просрочки? Очевидно, что тогда наступаютъ послѣдствія ст.ст. 108 и 111. Но тогда не лучше ли

---

[23]) По другому случаю этотъ отвѣтъ данъ, и вполнѣ правильно, въ ст. 212 ч. 2 проекта: если не принятый товаръ подверженъ скорой порчѣ, то покупщикъ обязанъ продать его по рыночной или биржевой цѣнѣ, а при отсутствіи таковой просить судъ о разрѣшеніи продажи товара съ публичнаго торга.

было, подставивъ вмѣсто „продавца“—„должника“, помѣстить ст. 201 около ст. 108. Германское гражданское уложеніе поступаетъ иначе, такъ какъ оно совсѣмъ не вводитъ нормы ст. 201 проекта, ограничиваясь § 276 объ отвѣтственности должника за умыселъ и небрежность (недостатокъ обычной въ оборотѣ заботливости), соотвѣтствующимъ ст. 137 проекта. Благодаря этому, получается экономія, и общая норма ст. 201 („осмотрительность заботливаго хозяина“) попадаетъ на свое мѣсто (ср. герм. торг. улож. 1897 § 347). Но для этого необходимо, чтобы постановленіе объ отдачѣ вещей на храненіе, какъ результатъ просрочки вѣрителя (ст. 108 и слл. проекта), было помѣщено не раньше ученія о просрочкѣ вѣрителя (ст.ст. 134—138), а только послѣ него. Нѣкоторая разбросанность одинаковыхъ или однородныхъ постановленій въ проектѣ объясняется особенностями источника, которымъ пользовались и авторы проекта, и редакторы германскихъ уложеній. Этотъ источникъ—Art. 343 Handelsgesetzbuch 1861 [24]), находящійся въ ученіи о договорѣ продажи. Новыя гражданскія уложенія вполнѣ правильно хотятъ распространить дѣйствіе правила Art. 343 на всѣ договоры, для чего и нужно было перенести его изъ отдѣла продажи въ общія ученія объ обязательствахъ. Проектъ сдѣлалъ это лишь на половину, помѣстивъ вторую часть Art. 343 въ общее ученіе, а первую изложивъ въ отдѣлѣ о продажѣ. Примѣръ подобнаго раздробленія подало, правда, новое герм. торговое уложеніе. Но слѣдовало обратить вниманіе, что авторы этого уложенія сохранили въ ученіи о продажѣ часть Art. 343, но не первую, а вторую. И объясняется это сохраненіе второй половины въ спеціальномъ отдѣлѣ тѣмъ, что, не смотря на сближеніе двухъ системъ и въ разбираемомъ вопросѣ, торговое уложеніе 1897 г. сохраняетъ нѣкоторыя незначительныя, правда, особенности. Такъ, по § 373 новаго торговаго уложенія, должникъ можетъ, по своему выбору, просить о публичной продажѣ непринятаго товара, или сложить его въ общественномъ складѣ, или даже у какого-либо посторонняго лица въ надежномъ мѣстѣ. Гражданскіе кодексы такихъ широкихъ полномочій, видѣли мы, должнику не предоставляютъ. Затѣмъ сохраняется нѣкоторая разница

---

[24]) Первая часть Art. 343 говоритъ объ обязанности продавца сохранять товаръ покупщика, пока послѣдній не допустилъ промедленія. Во второй части устанавливается право продавца, въ случаѣ промедленія покупщика въ пріемѣ товара, сложить этотъ товаръ въ публичномъ складѣ и т. д.

и въ объектахъ, подлежащихъ отдачѣ на храненіе: § 372 герм. гражд. улож. говоритъ лишь о деньгахъ, цѣнныхъ бумагахъ и другихъ документахъ, а § 373 торг. улож. имѣетъ въ виду товары вообще. Еще шире, какъ мы видѣли, редакція ст. 108 русскаго проекта.

Въ заключеніе остановимся въ немногихъ словахъ на ученіяхъ о закладномъ правѣ и несостоятельности, чтобы и здѣсь отмѣтить результаты сближенія торговаго права съ гражданскимъ. Особенностью торговаго закладного права считалась болѣе строгая его реализація. Такъ, уложеніе 1861 г. устанавливало (Art. 310, 311) внѣсудебную продажу предметовъ торговаго заклада. Но, въ настоящее время, отпадаетъ и эта особенность, такъ какъ право внѣсудебной продажи заклада признается германскимъ гражданскимъ уложеніемъ (§§ 1228, 1233 слл.), съ тѣмъ лишь отличіемъ отъ торговаго права, что по торговому праву (§ 368, ч. 1) для купеческаго заклада устанавливается недѣльный срокъ ожиданія, послѣ предупрежденія должника, тогда какъ гражданское уложеніе допускаетъ такую внѣсудебную продажу лишь по истеченіи мѣсяца послѣ такого же предупрежденія о ней (§ 1234, ч. 2, 1228). Редакторы русскаго гражданскаго уложенія еще не имѣли случая высказаться по поводу закладного права, но, конечно, въ своемъ мѣстѣ отмѣтятъ особенности реализаціи напр. банковаго залога, небезъизвѣстныя и дѣйствующему праву.

Что касается, наконецъ, несостоятельности, то едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что раздѣленіе ея на торговую и не торговую чисто искусственное и объясняется лишь извѣстными историческими причинами. Исходя изъ этой мысли—съ одной стороны, и принимая во вниманіе—съ другой, что ученіе о несостоятельности относится отнюдь не къ процессуальному только праву, затрогивая массу вопросовъ частнаго права, мы поймемъ, какое отношеніе имѣетъ это ученіе къ объединенію гражданскаго права съ торговымъ.

Кристаллизація всѣхъ отношеній между кредиторами и должникомъ; просрочка обязательствъ, срокъ которымъ еще не наступилъ; остановка теченія процентовъ; устраненіе должника отъ управленія имѣніемъ; вліяніе несостоятельности на заключенныя, но не исполненныя сдѣлки; опроверженіе сдѣлокъ, заключенныхъ должникомъ до объявленія несостоятельности [25])—все это вопросы матеріальнаго права,

[25]) Уст. гр. суд., прил. VI къ ст. 1400, ст. 12; Уст. суд. торг., ст. 505; ст. 601; ст. 521; 570, п. 3; 553, 554. См. Г. Ф. Шершеневичъ. Ученіе о несостоятельности.

входящіе до сихъ поръ въ особые уставы, и одинаково разрѣшаемые для торговой и неторговой несостоятельности. Очевидно, что при объединеніи торговаго права съ гражданскимъ всѣ эти частноправовыя нормы должны привлечь къ себѣ вниманіе законодателя. И если мысль о единомъ кодексѣ гражданскаго права проводится съ послѣдовательностью, то и матеріальныя нормы конкурснаго права должны найти себѣ мѣсто въ системѣ гражданскаго права.

Авторы русскаго проекта обязательственнаго права [26]) устанавливаютъ совершенно правильную точку зрѣнія на этотъ предметъ и, вопреки другимъ законодательствамъ, по примѣру 1 ч. X т. (ст. 1529 п. 2), вводятъ въ будущее гражданское уложеніе постановленіе объ actio Pauliana: „въ случаѣ безуспѣшности обращеннаго на имущество должника взысканія, вѣритель въ правѣ просить судъ о признаніи недѣйствительными договоровъ должника, коими, во избѣжаніе платежа долговъ, передается, обременяется или обезцѣнивается принадлежащее ему имущество, насколько такіе договоры клонятся ко вреду вѣрителя. Возмездный договоръ можетъ быть признанъ, по иску вѣрителя, недѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, если лица, съ коими онъ заключенъ, знали о намѣреніи должника избѣжать платежа долговъ“ (ст. 123). Для иска устанавливается особая пятилѣтняя давность. Другихъ матеріальныхъ нормъ о несостоятельности проектъ, однако, не воспроизводитъ, оставляя т. о. безъ достаточнаго развитія свою собственную исходную мысль.

---

§ 9. Отдѣльныя обязательства.

Сближеніе торговаго права съ гражданскимъ, объединеніе двухъ системъ въ одной должно было повести за собой перенесеніе въ гражданское уложеніе сдѣлокъ, считавшихся до сихъ поръ торговыми или потому, что своимъ развитіемъ онѣ обязаны, главнымъ образомъ, торговлѣ, или потому, что примѣняются преимущественно въ торгово-промышленной области. Будутъ-ли онѣ и впредь имѣть такое ограниченное примѣненіе, подобно тому какъ ссуда, дареніе, бо́льшая

Казань. 1890, стр. 169 слл. А. П. Башиловъ. Русское торговое право. СПБ. 1887, стр. 71–72.

[26]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1889), стр. 268,

часть сдѣлокъ надъ недвижимостью останутся внѣ профессіональнаго оборота,—онѣ не должны все-же оставаться внѣ системы гражданскаго права. Существованіе рядомъ съ общимъ уложеніемъ отдѣльныхъ уставовъ, законовъ, положеній, нормирующихъ отдѣльныя сдѣлки, стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ стремленіемъ достичь „единства и цѣлости системы гражданскаго права, въ видахъ сближенія и примиренія общегражданскихъ началъ съ торговыми и устраненія неизбѣжныхъ, въ противномъ случаѣ, противорѣчій, пропусковъ и повтореній“.

Предпринятыя до сихъ поръ и завершонныя попытки объединенія торговаго права съ гражданскимъ, съ этой стороны, не вполнѣ удовлетворяютъ тѣмъ требованіямъ, какія можно къ нимъ предъявлять. Такъ ни въ гражданское, ни въ торговое уложенія Германіи не входятъ ученія о промышленныхъ и хозяйственныхъ товариществахъ, товариществахъ съ ограниченной отвѣтственностью, о продажѣ въ разсрочку и биржевыхъ сдѣлкахъ, о перевозкѣ по внутреннимъ водамъ, поклажѣ въ товарныхъ складахъ, страхованіи (за исключеніемъ морского), объ издательскомъ договорѣ, векселѣ, чекѣ, варрантахъ. Бо́льшая часть этихъ вопросовъ разрѣшается въ отдѣльныхъ законахъ и уставахъ.

Такая дробность германскаго торговаго права съ полнымъ основаніемъ считается самымъ крупнымъ его недостаткомъ, такъ какъ далеко не соотвѣтствуетъ идеальнымъ требованіямъ, какія могутъ быть предъявлены къ кодификаціи. Какое-же объясненіе приводится въ оправданіе этой дробности? Она оправдывается, говорятъ, внутренними причинами. Такъ, нѣкоторыя изъ упомянутыхъ матерій, напр., защита товарныхъ знаковъ, выходятъ за предѣлы собственно-торговаго права, другія, какъ страхованіе и издательскій договоръ, только одной ногой стоятъ въ торговомъ правѣ. Есть и внѣшнія причины этой раздробленности. Новое германское торговое уложеніе должно было вступить въ силу съ 1-го января 1900 г.: времени слишкомъ мало для основательнаго пересмотра всѣхъ упомянутыхъ вопросовъ [1]). Очевидно, что ни первое соображеніе, ни второе не могли ограничивать авторовъ русскаго проекта въ ихъ цѣли объединенія торговаго права съ гражданскимъ. И, казалось, примѣръ Германіи или Швейцаріи тѣмъ болѣе не долженъ былъ служить руководствомъ авторамъ проекта,

---

[1]) Gierke. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Vortrag. (1897), стр. 36

что Редакціонная коммисія не одинъ разъ имѣла случай высказать свои симпатіи тѣмъ внѣ-европейскимъ кодексамъ, которые съумѣли достичь самаго полнаго объединенія торговаго права съ гражданскимъ въ одной системѣ [2]). А между тѣмъ, приходится констатировать значительную неполноту проекта обязательственнаго права, являющуюся однимъ изъ главныхъ его недостатковъ. Къ осуществленію задачи объединенія сдѣлокъ гражданскихъ и торговыхъ авторы шли тремя путями: заимствуя изъ т. X ч. 1, перенося изъ отдѣльныхъ уставовъ и вводя новыя сдѣлки. Къ сожалѣнію, ни изъ системы проекта, ни изъ объяснительной записки не видно, какими мотивами руководствовались при введеніи той или иной сдѣлки въ будущее гражданское уложеніе, а потому остаются не понятными и причины пропусковъ. Въ дальнѣйшемъ мы и отмѣтимъ важнѣйшіе изъ отдѣльныхъ обязательствъ, считавшихся торговыми и не нашедшихъ себѣ мѣста въ системѣ будущаго гражданскаго уложенія.

Проектъ обязательственнаго права въ ученіе о продажѣ вводитъ особые виды, разсматривавшіеся до сихъ поръ въ торговомъ правѣ,— каковы: продажа по образцамъ (ст. 229), продажа подъ условіемъ предварительнаго испытанія или осмотра (ст. 230), продажа съ условіемъ о правѣ преимущественной покупки (ст. 232). Конечно, мудрено отыскать въ этихъ сдѣлкахъ какой-либо особо-торговый характеръ. Но проектъ обошелъ молчаніемъ одинъ, гораздо болѣе важный подъ-видъ,— продажу въ разсрочку, имѣющую, какъ извѣстно, большое практическое значеніе и въ нашемъ оборотѣ. Чѣмъ объясняется этотъ пропускъ? Авторы проекта обошли полнымъ молчаніемъ этотъ договоръ, быть можетъ, взявъ въ примѣръ Германію, гдѣ онъ нормированъ въ законѣ 16 мая 1894 и, считаясь по преимуществу торговымъ [3]), не попалъ, однако, ни въ торговое, ни въ гражданское уложеніе. Извѣстно, что договоръ продажи въ разсрочку у насъ разработывается въ особой коммисіи, и это обстоятельство, быть можетъ, въ значительной степени руководило авторами. Но, вѣдь, вексель такъ же составляетъ заботу другого вѣдомства, и, тѣмъ не менѣе, въ проектѣ нашлась для него рубрика.

---

[2]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1899), стр. XVIII сл. См. также предисловіе къ переводу калифорнскаго гражданскаго уложенія, изд. Редакціонной коммисіи. СПБ. 1892, стр. XVI.

[3]) Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1897), стр. 212.

Проектъ нормируетъ договоръ займа, принадлежащій къ числу кредитныхъ сдѣлокъ, многія изъ которыхъ получили замѣчательное развитіе въ новомъ оборотѣ. Сюда относятся: учетъ векселей, выдача ссудъ, открытіе кредита, вкладъ, чекъ, переводъ, конто-корренто и въ области морской торговли—бодмерея. Весьма оригинальный банковый залогъ, о которомъ уже было упомянуто, является одной изъ характерныхъ особенностей банковскаго обезпеченнаго кредита. Нѣкоторыя изъ кредитныхъ сдѣлокъ, получили самостоятельное мѣсто въ системѣ частнаго права (какъ, напр., вексель, чекъ). Но въ большинствѣ случаевъ эти сдѣлки остаются квалификаціей займа, къ которому и должны быть пріурочены въ качествѣ подъ-видовъ или разновидностей. Проектъ русскаго обязательственнаго права нормировалъ обыкновенный заемъ, вексель, переводъ и чекъ, вскользь упомянулъ о текущемъ счетѣ (ст. ст. 580, 584), а остальныя сдѣлки кредитнаго оборота оставилъ безъ всякаго разсмотрѣнія.

Нормируя договоръ поклажи, авторы устраняютъ „различіе между гражданской и торговой“ поклажей [4]), ибо „въ проектѣ, исходящемъ изъ положенія, что поклажа вообще можетъ быть какъ безмездною, такъ и возмездною, не приходится помѣщать какое-либо правило о поклажѣ, упоминаемой въ 3 п. ст. 2112 т. X ч. 1, какъ отдѣльномъ видѣ этого договора, не требующемъ письменнаго удостовѣренія, такъ какъ, наоборотъ, торговая поклажа на практикѣ, напримѣръ, при отдачѣ вещей на сохраненіе въ торговые склады, всегда сопровождается выдачею письменнаго удостовѣренія—квитанціи и т. п.“. Т. о., авторы продолжаютъ различать поклажу торговую отъ неторговой, несмотря на то, что, по ихъ собственному мнѣнію, изъ ст. 2112 т. X ч. 1 „нельзя вывести заключенія, что дѣйствующій законъ разсматриваетъ торговую поклажу, какъ особый видъ этого договора“. Этими колебаніями во взглядѣ на природу поклажи и ея разновидностей объясняется и отношеніе авторовъ къ поклажѣ въ товарныхъ складахъ. Проектируемыя правила поклажи, заявляютъ они: „не распространяются на сдѣлки, заключаемыя товарными складами, учреждаемыми для пріема на храненіе разнаго рода товаровъ, съ выдачею документовъ для продажи и заклада этихъ товаровъ (складочныхъ и закладныхъ свидѣтельствъ), такъ какъ склады эти дѣйствуютъ на основаніи особыхъ, изданныхъ 30 марта 1880 г., постановленій

---

[4]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр 230.

(ст. 709—762 Уст. торг. т. XI ч. 2 изд. 1893 г.") [5]). Вотъ и все, что приводится въ оправданіе пропуска. Едва-ли нужно говорить, что для опроверженія такой аргументаціи достаточно указать на другіе многочисленные уставы, положенія, манифесты, законы, путемъ которыхъ шло развитіе нашего гражданскаго и, особенно, торговаго права, и которые введены въ т. X ч. 1, въ Уставъ торговый и даже вводятся въ проектъ будущаго уложенія.

Но почему именно положеніе 1888 г. будетъ существовать рядомъ и отдѣльно отъ общаго кодекса, этого понять нельзя. Въ этомъ случаѣ нельзя даже сослаться на примѣръ Германіи, такъ какъ въ новое торговое уложеніе внесенъ отдѣлъ V—Lagergeschäft; а что нѣтъ его ни въ уложеніи 1861 г., ни въ швейцарскомъ законѣ объ обязательствахъ, то для того есть спеціальныя причины—партикуляризмы, потерявшіе для Германіи значеніе только теперь, и никогда не имѣвшіе таковаго у насъ. Этими спеціальными причинами объясняется то обстоятельство, что уложеніе 1861 г. и швейцарскій законъ вынуждены были ограничиться, первое—Art. 302—305 и второе—§ 211 и 844, занимающимися вопросомъ о передачѣ по надписямъ складочныхъ документовъ [6]). Проектъ не могъ заимствовать и этой частичной регламентаціи, такъ какъ бумагами по приказу (за исключеніемъ спеціальнаго случая-векселя) онъ совершенно не занятъ.

Въ договорѣ личнаго найма нѣтъ найма ремесленнаго и фабричнаго, и не выяснено отношеніе будущаго обязательственнаго права уложенія къ многообразнымъ подъ-видамъ этого договора, извѣстнымъ дѣйствующему закону.

Особую разновидность порученія видятъ авторы проекта въ договорѣ коммисіи и съ полнымъ основаніемъ вводятъ его въ общее обязательственное право. Они охотно признаютъ, что „коммисіонныя сдѣлки чаще встрѣчаются въ сферѣ торгово-промышленной, нежели въ сферѣ общегражданской", но „юридическое свойство сдѣлки не можетъ измѣниться ни вслѣдствіе того, что въ ней участвуютъ лица того или другого сословія, ни вслѣдствіе того, что предметомъ ея служитъ товаръ, въ собственномъ смыслѣ, или вещи, предназначенныя не для перепродажи, а для личнаго употребленія препоручи-

---

[5]) Обязательства: Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 286.

[6]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 266.—Schneider und Fick. Das Schweizerische Obligationenrecht (1893), стр. 196.

теля“ [7]). Моментъ профессіи можетъ обусловить нѣкоторыя особыя нормы для договора коммисіи, отнюдь, однако, не измѣняя его природы. Но чѣмъ объяснить, что авторы, исходя изъ широкаго пониманія порученія, ни упоминаютъ въ проектѣ, ни поясняютъ въ объяснительной запискѣ своего отношенія къ другимъ видамъ посредничества и подъ-видамъ договора порученія, къ сдѣлкамъ съ маклерами и агентами? Будущее уложеніе въ правѣ уклониться отъ подробнаго нормированія этихъ видовъ посредничества, въ виду невыясненной юридической фигуры маклера и агента, но судебная практика, на которую возлагается т. о. и дальнѣйшее развитіе въ этой области, могла бы получить, по крайней мѣрѣ, принципіальныя указанія. Положеніе вопроса объ агентахъ, маклерахъ и коммисіонерахъ у насъ одинаково не опредѣленно; а со времени введенія въ дѣйствіе уложенія оно опредѣлится только относительно коммисіонеровъ.

Для договора перевозки авторы заимствуютъ много матеріала изъ Общаго устава россійскихъ желѣзныхъ дорогъ. За этими заимствованіями въ уставѣ „должны остаться лишь такія постановленія, касающіяся договора перевозки, которыя составляютъ изъятіе изъ общихъ правилъ о договорѣ перевозки“ [8]). Въ самомъ проектѣ—ст. 464—та же мысль выражена слѣдующимъ образомъ: „перевозка пассажировъ и грузовъ желѣзными дорогами и другими транспортными предпріятіями, дѣйствующими на основаніи особыхъ разрѣшеній (концессій) правительства (общественными возчиками), подчиняется правиламъ настоящей главы съ изъятіями, изложенными въ Общемъ уставѣ россійскихъ желѣзныхъ дорогъ и въ утвержденныхъ правительствомъ частныхъ уставахъ другихъ транспортныхъ предпріятій“.

Еще можно себѣ представить, что уставы имѣющихъ возникнуть предпріятій внесутъ что-нибудь новое въ гражданское право и въ уложеніи не успѣютъ отразиться; но почему нужно оставлять въ особыхъ уставахъ „изъятія“ для существующихъ уже предпріятій, особенно для желѣзныхъ дорогъ,—понять трудно. Авторы проекта оставляютъ въ Уставѣ лишь немногія изъятія, которыя такъ легко было ввести въ проектъ, совершенно освободивъ уставъ отъ частноправового матеріала [9]).

---

[7]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. III (1899), стр. 151—152.

[8]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 466.

[9]) Таковы, напр., ст. ст. 63 (къ 476 проекта), 69, 71, 72, 73, 67 (къ 479), ст. 51, 5, 10, 6, 53, 45, 50 (къ 481), 8 п. 2, 9 п. 2, 99, 115, 118, 116 (къ 483), 110, 111, 103

Но что особенно замѣчательно, такъ то, что проектъ отсылаетъ съ морской перевозкой къ особому уставу морскому, который, т. о., послѣ объединенія торговаго права съ гражданскимъ, возникнетъ у насъ изъ второй книги дѣйствующаго Устава торговаго (начиная со 105 ст. до 588). Чѣмъ объяснить такой пропускъ? Правда, игравшій большую роль въ работахъ коммисіи швейцарскій законъ объ обязательствахъ, проходитъ полнымъ молчаніемъ морское право. Но вѣдь оно и не нужно для Швейцаріи. Да и вообще у авторовъ проекта были, по ихъ собственнымъ словамъ, болѣе полные примѣры для подражанія. Въ предисловіи къ изданному Редакціонной коммисіей калифорнскому гражданскому уложенію [10]) говорится, что относительно объединенія торговаго права съ гражданскимъ „калифорнское уложеніе родственно швейцарскому союзному закону объ обязательствахъ, но оно заслуживаетъ еще большаго вниманія, такъ какъ объединеніе гражданскаго права проведено не только относительно права обязательственнаго, но одинаково сказывается во всѣхъ частяхъ уложенія. Въ общую систему уложенія введены и всѣ обязательства, возникшія по морской торговлѣ, которыхъ швейцарскій законъ вовсе не касается, а также всѣ остальныя части морского права, образующаго по другимъ законодательствамъ особый отдѣлъ торговаго уложенія". Да и въ объяснительной къ проекту запискѣ [11]) авторы не одинъ разъ высказываются въ пользу введенія въ гражданское уложеніе и морского права, въ которомъ они видятъ торгово-частное право. Въ подтвержденіе этого взгляда коммисія еще разъ ссылается на калифорнское уложеніе, объединившее въ третьей книгѣ (объ обязательствахъ) всѣ правила перевозки, какъ сухопутной, такъ и морской, все страхованіе, между прочимъ и морское. Изученіе этого уложенія представляется авторамъ особенно желательнымъ, именно, въ виду полнаго объеди-

---

(къ 497) и т. д. Неполнота является недостаткомъ и нормированія германской перевозки. См. Pappenheim. Das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Leipzig. 1896, стр. 19—20, пр. 1. Но несомнѣнно, что авторы проекта торговаго уложенія довольно опредѣленно сознавали свою задачу — изъять изъ желѣзнодорожнаго устава частноправовой матеріалъ, оставивъ тамъ лишь полицейскія предписанія. Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897), стр. 289.

[10]) Калифорнское гражданское уложеніе 1873 г. Изд. Редакц. коммисіи, СПБ. 1892, стр. XVI.

[11]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. I (1889), стр. VIII, XIII, XVIII, XLVI, XXVIII.

ненія въ немъ гражданскаго, торговаго и морского права (XLVI) [12]). Нѣкоторая неопредѣленность во взглядахъ коммисіи на морское право начинается тогда, когда редакторы пытаются объяснить взаимоотношеніе между тремя категоріями права, причемъ, въ ученіи о бодмерѣе, аваріи и др. они усматриваютъ „особенности такъ называемаго морского права, насколько имъ измѣняются или отмѣняются правила общегражданскія, а никакъ не особенности торговаго права.... Вопросъ о введеніи въ общую систему гражданскаго уложенія особенностей морского права не совпадаетъ, слѣдовательно, съ вопросомъ объ особенностяхъ торговаго права. Съ точки зрѣнія разсматриваемаго вопроса, наоборотъ, слѣдуетъ имѣть въ виду, что въ области такъ называемаго морского права нашъ законъ не установляетъ никакого различія между дѣйствіями торговыми и неторговыми“ (стр. XXVIII). Въ другомъ мѣстѣ „законы о морской торговлѣ (частное морское право)“ оказываются „настолько своеобразными и различными отъ правилъ о сухопутной и даже рѣчной перевозкѣ, что не могутъ быть объединены съ этими правилами (напр., наемъ части корабля, коносаменты, ограниченная имущественная отвѣтственность хозяина корабля, аварія, закладъ груза корабельщикомъ и т. д.)“. Нечего и говорить, что это мнѣніе нуждается въ доказательствахъ, въ особенности, въ глазахъ тѣхъ, кто задается цѣлью объединенія частнаго права и, слѣдовательно, исходитъ изъ мысли о единствѣ его. Какъ извѣстно, мысль о единствѣ морского и торговаго права довольно не новая [13]). По свидѣтельству авторовъ проекта, она не чужда нашей судебной практики, „распространяющей понятіе торговаго права о фрахтѣ, фрахтовой платѣ (ст. 254, 545, 552, 580 т. XI Уст. торг.),

---

[12]) Правда, въ другомъ мѣстѣ калифорнское уложеніе помѣщается въ числѣ тѣхъ, которыя имѣютъ особые законы о морской торговлѣ—именно въ виду ст. ст. 1329 и 1399, изъ которыхъ видно, что „особыя права и обязанности морскихъ возчиковъ опредѣляются актами конгресса и что тѣми же актами опредѣляются детальныя правила объ отвѣтственности морскихъ возчиковъ. Но разсмотрѣніе раздѣла VII, ч. 4, кн. III убѣждаетъ, что правила морской перевозки дѣйствительно содержатся въ гражданскомъ уложеніи, и нисколько не нарушаютъ его системы, какъ, очевидно, не нарушатъ этой системы и тѣ возможные акты конгресса, для которыхъ открытъ путь ст. ст. 1329 и 1399. Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 468.

[13]) За соединеніе морского права съ торговымъ особенно горячо высказался Marghieri. Il diritto commerciale. V. I (1884), стр. 62 сл.—Ср. Thaller. Traité élémentaire (1898), стр. 3. Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts (1898) вводитъ въ общую систему и сдѣлки морского права.

фрахтовыхъ дѣлахъ, фрахтовыхъ деньгахъ сухопутныхъ и морскихъ (ст. 393, 395 и п. 9 ст. 599 т. XI Уст. суд. торг.), на перевозку грузовъ по сухому пути и по рѣкамъ [14]). Нѣтъ ничего удивительнаго и въ томъ, что Редакціонная коммисія еще такъ недавно находила возможнымъ введеніе правилъ морского права въ общую систему гражданскихъ законовъ, которыя и распредѣлила по соотвѣтствующимъ мѣстамъ системы безъ особаго затрудненія [15]). Понятно, наконецъ и то, почему, при составленіи правилъ проекта о договорѣ перевозки, Редакціонная коммисія въ столь широкихъ размѣрахъ воспользовалась той частью Устава торговаго (кн II), которая составляетъ дѣйствующее морское право.

Сказанное нужно отнести ко всѣмъ вопросамъ морского торговаго права. Поэтому представляется совершенно неосновательнымъ съ догматической точки зрѣнія трактованіе сухопутнаго страхованія отдѣльно отъ морского. Сопоставленіе нормъ того и другого является наилучшимъ доказательствомъ полнаго совпаденія двухъ видовъ страхованія. Совершенно понятно требованіе извѣстнаго французскаго ученаго—сблизить вопросы страхованія съ общими принципами права и для сухопутнаго страхованія—заимствовать основные принципы изъ страхованія морского [16]). Нужно считать далѣе пропускомъ и отсутствіе въ проектѣ правила для продажи морскихъ судовъ, неупоминаніе о наймѣ капитана и экипажа въ договорѣ личнаго найма; наконецъ, такимъ же пропускомъ является и ученіе объ аваріи, для котораго такъ легко найти мѣсто въ отдѣлѣ обязательствъ, возникающихъ изъ не-договора.

Заключеніе.

Итакъ, мы прослѣдили исторію идеи торговаго права отъ момента ея зарожденія до окончательной реализаціи. Предыдущее изложеніе дало картину монополизированія спеціальнымъ правомъ общихъ

---

[14]) Обязательства. Проектъ съ объясненіями. Т. II (1899), стр. 450.

[15]) См. Гожевъ и Цвѣтковъ. Сборникъ гражданскихъ законовъ. Изд. Редакц. коммисіи по сост. гражд. улож. Т. II. СПБ. 1886 г.

[16]) Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial. 2-e ed. T. I (1889), стр. X.

началъ и сдѣлокъ, пригодныхъ и необходимыхъ для всего оборота. Оно же показало постепенное расширеніе сферы примѣненія этихъ общихъ началъ—прежде всего полусознательно, путемъ искусственнаго расширенія понятія торговли, а потомъ и вполнѣ сознательно, путемъ введенія этихъ общихъ началъ и сдѣлокъ въ общій оборотъ. Происходящая на нашихъ глазахъ реализація идеи спеціальнаго торговаго права обнаружила наличность немногихъ исключительныхъ правилъ и институтовъ, выработанныхъ торговымъ правомъ, которые не нужны для общаго оборота, но за то не ограничиваются въ своемъ дѣйствіи и торговлей или фабричной промышленностью.

Но каковъ же окончательный выводъ изъ этой продолжительной исторіи спеціальнаго права и какую цѣну имѣютъ происходящія на нашихъ глазахъ событія?

Обращаясь еще разъ къ прошлому и мысленно подводя итогъ развитію торговаго права, мы не можемъ отказать въ историческомъ оправданіи этому развитію. Не такъ легко представить себѣ ходъ событій безъ происшедшаго, по различнымъ историческимъ причинамъ, раздѣленія частнаго права на двѣ самостоятельныя системы. Но можно быть увѣреннымъ, что многіе вопросы не получили бы того развитія, какое дали имъ торговыя законодательства и литература, спеціализировавшіяся на небольшой области (части) обязательственнаго права и немногихъ вопросахъ вещнаго права движимости. Это, несомнѣнно, положительная сторона спеціальнаго праворазвитія, опредѣленно оцѣнить которую мы, правда, не въ состояніи, такъ какъ ограниченная область примѣненія справедливыхъ принциповъ, развитыхъ сдѣлокъ и институтовъ профессіональной экономической дѣятельности,—съ одной стороны и необычайное развитіе ихъ въ спеціальной системѣ—съ другой, не поддаются какому бы то ни было взаимному учету.

Во всякомъ случаѣ, мы должны признать, что происходящее объединеніе частнаго права является событіемъ, результаты котораго будутъ во много разъ плодотворнѣе самаго детальнаго развитія того матеріала, какой замыкался до сихъ поръ въ рамки торговаго права,

Единство системы частнаго права, къ которому приводятъ попытки объединенія, является первымъ положительнымъ результатомъ реформы, имѣющимъ безспорную практическую цѣну. Было высказано мнѣніе, что гражданское и торговое право не объединяются въ томъ единомъ принципѣ, который долженъ проникать уложеніе. Ре-

зультатомъ объединенія—съ этой точки зрѣнія—можетъ явиться параллельный рядъ нормъ, изъ коихъ однѣ примѣняются къ правоотношеніямъ торговымъ, другія—къ общегражданскимъ. Въ связи съ этимъ стоитъ дробность системы общихъ правилъ, нарушаемой исключеніями изъ нихъ. Изъ предыдущаго изложенія можно было убѣдиться, что объединеніе двухъ системъ, въ виду отсутствія принципіальнаго различія между правоотношеніями гражданскими и торговыми, ведетъ не къ перетасовкѣ нормъ, а къ ихъ объединенію. Профессіональная экономическая дѣятельность требуетъ извѣстныхъ отступленій, но и эти исключенія не имѣютъ принципіальнаго характера. Подобныя исключенія всегда возможны и независимо отъ введенія въ гражданское право нормъ торговоправовыхъ. Можно сказать, пожалуй, что нѣкоторые институты торговаго права съ трудомъ укладывается въ общую систему права. Но вѣдь въ общепринятую систему не укладываются, какъ извѣстно, и многіе институты гражданскаго права. Виновата въ томъ, очевидно, система. Можно признать, что предпринятыя попытки объединенія, особенно швейцарская и русская, нарушаютъ единство системы, вводя въ обязательственное право нормы вещноправовыя и такія, которыя должны были бы получить мѣсто въ общей части гражданскаго права. Но эти нарушенія вынужденныя, и ничто не мѣшаетъ исправить ихъ съ появленіемъ соотвѣтствующихъ частей уложенія.

Объединеніе частнаго права въ одной системѣ создаетъ практическія удобства познанія права и его примѣненія. Но это не все. Самое же главное послѣдствіе этого объединенія заключается въ мысли, которая руководитъ объединеніемъ и которая изъ этого объединенія вытекаетъ—мысли объ общности началъ, лежащихъ въ основаніи всего частнаго права. Благодаря объединенію частнаго права въ одной системѣ, эта общность началъ становится вполнѣ очевидной. Этотъ второй, болѣе отвлеченный результатъ происходящаго объединенія торговаго права съ гражданскимъ, представляется самымъ важнымъ. Онъ даетъ то, чего чаще всего не достаетъ юриспруденціи, разбитой на спеціальности,—мысль о единствѣ задачъ права—безъ различія между торговымъ и гражданскимъ. То и другое стремятся къ одной цѣли, совпадая въ этомъ и съ публичнымъ правомъ, отъ котораго отличаются лишь организаціей юридическихъ средствъ.

Сокращенія.

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch = HGB. 1861. Art., торгов. улож. 1861. Art.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich = герм. гражд. улож. § (проектъ §).
Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich = новое торгов. улож. §, торгов. улож. § (проектъ §).
Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 14 іюня 1881 года = швейц. §.
Гражданское уложеніе. Книга пятая. Обязательства. Проектъ Высочайше учрежденной Редакціонной Коммисіи по составленію Гражданскаго уложенія = проектъ ст.

Замѣченныя ошибки.

СТРАН.	СТРОКА.	НАПЕЧАТАНО.	СЛѢДУЕТЪ.
11	24 св.	въ Breve	Въ Breve
11	3 сн.	Mouumenta Historia	Monumenta Historiae
12	9 сн.	княжской	княжеской
19	3 сн.	Handelsreshts	Handelsrechts
20	9 св.	и, очевидно, что являлась	и, очевидно, являлась
28	6 св.	было	былъ
37	10 сн.	[20]) Очеркъ	[20]) Костомаровъ. Очеркъ
42	8 сн.	Privatsrechts	Privatrechts
43	19 св., 81—9 св.	разрабатыва...	разработыва...
58	4 сн.	однако	однако
68	7 св., 69—17 св., 83—7 св и 11 св., 151—10 св.	затрагива...	затрогива...
68	14 сн.	они	онѣ
94	13 сн.	кто совершаетъ	которые совершаютъ
103	7 сн.	ст. 9	ст. 1
111	14 сн.	Т. II	Т. I
125	17 сн.	ни значенія	значенія
136	15 сн.	германскихъ	германскихъ
145	17 сн.	анотоцизма	анатоцизма
161	2 сн.	Mechelson	Meschelson
194	1 сн.	(1894)	(1899)
195	15 св.	установл...	устанавл...

УТ